Die Grundsätze des Rechtsstaats in der höchstrichterlichen Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
KLAUS GOECKEL
aus Weimar

1965

Fotodruck PRÄZIS · Tübingen

8120

Die Grundsätze des Rechtsstaats in der höchstrichterlichen Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von

KLAUS GOECKEL

aus Weimar

1965

Fotodruck PRÄZIS · Tübingen

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN

Dekan: Prof. Dr. Ferdinand ELSENER

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Adolf SCHÜLE
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Günter DÜRIG

Tag der mündlichen Prüfung: 24.2.1965

INHALTSÜBERSICHT

Seite

Literaturverzeichnis V
Abkürzungsverzeichnis X

Einleitung 1

1. Teil

Umrisse der geschichtlichen Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland 3

I. Der Rechtsstaat vom Beginn des 19. Jahrhunderts bis zum ersten Weltkrieg 3

II. Der Rechtsstaat vom ersten Weltkrieg bis zum Ende der Weimarer Republik 9

III. Der Rechtsstaat unter dem Grundgesetz 13

2. Teil

Das Prinzip des Rechtsstaats in der höchstrichterlichen Rechtsprechung 15

I. Die Art der Bezugnahme auf den Rechtsstaat in den gerichtlichen Entscheidungen 15

1. Die Schwierigkeiten einer Begriffsbestimmung 15

2. Mängel bei der Begriffsbestimmung 16

II. Ableitung und Rang der Grundsätze des Rechtsstaats 19

1. Das Grundgesetz als Ausgangspunkt 19

2. Der Rechtsstaat in der Rangordnung der Rechtsquellen 20

3. Teil

Die Bestandteile des Rechtsstaatsprinzips in der Rechtsprechung 24

I. Die Gewaltenteilung 24

Seite

1. Die Gewaltenteilung als Verfassungsgrundsatz des Rechtsstaats 24

2. Die Trennung von Gesetzgebung und Rechtsprechung 26

3. Die Trennung von Rechtsprechung und Verwaltung 30

II. Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung 34

1. Bedeutung und Geltungsbereich des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes 34

2. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte 36

3. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und gesetzwidrige Zusagen von Behörden 39

4. Der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz und der subordinationsrechtliche Vertrag 42

III. Die Ermächtigung der Exekutive zum Erlaß von Rechtsverordnungen und Verwaltungsakten 45

1. Das Problem 45

2. Die rechtsstaatlichen Anforderungen an Ermächtigungen 46

3. Die Begründung für das Erfordernis spezifizierter Ermächtigungen 50

IV. Der Grundsatz der Normenklarheit und Normenbestimmtheit 53

V. Der Gerichtsschutz durch unabhängige Gerichte 57

1. Der rechtsstaatliche Charakter der richterlichen Unabhängigkeit 57

2. Die Wesensmerkmale des Gerichts 58

3. Die persönliche Unabhängigkeit des Richters bei der Rechtsprechung 61

	Seite
VI. Der gesetzliche Richter	65
1. Art. 101 I 2 GG als Bestandteil des Rechtsstaats	65
2. Die Zuständigkeitsverteilung zwischen den Gerichten	66
3. Die Zuständigkeitsverteilung innerhalb desselben Gerichts	69
4. Richterliche Maßnahmen und gesetzlicher Richter	72
VII. Das rechtliche Gehör	73
1. Das rechtliche Gehör als oberster Verfahrensgrundsatz des Rechtsstaats	73
2. Der Inhalt des rechtlichen Gehörs	75
VIII. Das Schuldprinzip im Strafrecht	80
IX. Der Rechtsschutz gegen Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt	83
1. Die Erweiterung des Gerichtsschutzes auf Grund des Art. 19 IV GG	83
2. Die Tendenzen zu einer extensiven Interpretation des Art. 19 IV GG	87
3. Erschwerungen des Zugangs zu den Gerichten	90
4. Der Begründungszwang für Verwaltungsakte	92
X. Die Rechtssicherheit	98
1. Die Judikatur zur Rechtssicherheit	98
2. Kritik dieser Rechtsprechung	101
XI. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	105
1. Inhalt und Anwendungsbereich des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit	105
2. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Bild des Rechtsstaats	107
XII. Öffentlich-rechtliche Ersatzleistungen	112

Seite

XIII. Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane für ihre Handlungen 114

XIV. Zusammenfassung 115

LITERATURVERZEICHNIS

Arndt, Adolf	Das rechtliche Gehör, NJW 1959 S. 6 ff.
Bachof, Otto	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL Heft 12 S. 37 ff. (zit.: Begriff)
	Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, 2. Aufl., Tübingen 1964 (zit.: Verfassungsrecht)
	Über einige Entwicklungstendenzen im gegenwärtigen deutschen Verwaltungsrecht, in Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum hundertjährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit und zum zehnjährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts, Bd. II, IV. Teil Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 3 ff., Karlsruhe 1963 (zit.: Staatsbürger)
Bähr, Otto	Der Rechtsstaat, Cassel 1864
Baur, Fritz	Justizaufsicht und richterliche Unabhängigkeit, Tübingen 1954
Bettermann, Karl August	Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter in Die Grundrechte, 3. Bd. 2. Halbbd. S. 553 ff., Berlin 1959
Darmstaedter, Friedrich	Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates, Heidelberg 1930
Dürig, Günter	Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR Bd. 81 S. 117 ff.
Eichenberger, Kurt	Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960
Erning, Adolf	Der Widerruf mangelhafter, begünstigender Verwaltungsakte, DVBl. 1959 S. 795 ff.
	Der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und die Widerrufbarkeit des begünstigenden, mangelhaften Verwaltungsaktes, DVBl. 1960, S. 188 ff.

Erning, Adolf	Der Widerruf begünstigender, mangelhafter Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, DVBl. 1960 S.467 ff.
Fleiner, Fritz	Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. Tübingen 1928
Forsthoff, Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Bd., 8. Aufl. München und Berlin 1961
	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL Heft 12 S.8 ff. (zit.: Begriff)
Gneist, Rudolf	Der Rechtsstaat, Berlin 1872
Hamann, Andreas	Das Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. Neuwied 1961
Haueisen	Die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, NJW 1954 S.1425 ff.
	Zur Frage der Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, NJW 1958 S.1661 ff.
	Betrachtungen über die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, DVBl. 1959 S.228 ff.
Huber, Hans	Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaats, in Festgabe für Giacometti, S.59 ff., Zürich 1953
Jagusch, Heinrich	Über das rechtliche Gehör im Strafverfahren, NJW 1959 S.265 ff.
Jellinek, Walter	Verwaltungsrecht, 3. Aufl. Berlin 1931, Neudruck, Offenburg 1948
Jesch, Dietrich	Gesetz und Verwaltung, Tübingen 1961
Kern, Eduard	Der gesetzliche Richter, Öffentlich-rechtliche Abhandlungen, Berlin 1927 Heft 8
	Gerichtsverfassungsrecht, 3. Aufl. München und Berlin 1959
	Die Ständigkeit der Gerichte und die Überbesetzung der Kammern und Senate, DRiZ 1959 S.142 ff.

Kern, Eduard	Zur Frage der akademischen Disziplinargerichte, zugleich ein Beitrag zum Begriff des Gerichts, DÖV 1954 S. 675 ff.
Kimminich, Otto	Die Verbindlichkeit mündlicher Zusagen im Verwaltungsrecht, JuS 1963 S. 268 ff.
Krauss, Rupprecht von	Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Hamburg 1955
Krüger, Herbert	Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1964
Küchenhoff, Günther und Erich	Allgemeine Staatslehre, 5. Aufl. 1964
Lerche, Peter	Übermaß und Verfassungsrecht, Bonn 1961
Maunz-Dürig	Grundgesetz, Kommentar von Theodor Maunz und Günter Dürig, München 1959
Mayer, Otto	Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1. Aufl. Leipzig 1895
Merk, Wilhelm	Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd. Berlin 1962
Mohl, Robert von	Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg, Bd. 1, 1. Aufl. Tübingen 1829 (zit.: Staatsrecht)
	Die Geschichte und Litteratur der Staatswissenschaften, 1. Bd. Erlangen 1855 (zit.: Staatswissenschaften)
Nawiasky, Hans	Allgemeine Staatslehre, 3. Teil Staatsrechtslehre, 4. Teil Staatsideenlehre, Einsiedeln, Zürich, Köln 1956
Reuß, Hermann	Der Verwaltungsakt und seine Begründung, DVBl. 1954 S. 593 ff.
Röhl, Hellmut	Das rechtliche Gehör, NJW 1953, S. 1531 ff. und NJW 1958 S. 1268 ff.
Rümelin, Max	Die Rechtssicherheit, Tübingen 1924
Rupp, Hans-Heinrich	Zum Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Vertrages, JuS 1961 S. 59 ff.
Sarwey, Otto von	Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, Tübingen 1880

Sauer, Wilhelm	Juristische Methodenlehre, Stuttgart 1940
Sax, Walter	Grundsätze der Strafrechtspflege in Die Grundrechte, 3. Bd. 2. Halbbd., S. 909 ff., Berlin 1959
Schätzler, Johann-Georg	Sind schlechte Gesetze nichtig? NJW 1957 S. 121 ff.
Scheerbarth, Hans Walter	Die Anwendung von Gesetzen auf früher entstandene Sachverhalte, Berlin 1961
Schmitt, Carl	Verfassungslehre, Berlin 1928
Scholz, Franz	Die Rechtssicherheit, Berlin 1955
Schorn, Hubert	Die Präsidialverfassung der Gerichte aller Rechtswege, Aschendorffs juristische Handbücherei Bd. 55, Münster 1957 (zit.: Präsidialverfassung)
	Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren, Neuwied, Berlin-Spandau 1963 (zit.: Menschenwürde)
Schütz, Erwin	Der Widerruf gesetzwidriger begünstigender Verwaltungsakte, DÖV 1958 S. 449 ff.
Schunck - De Clerck	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar Siegburg 1961
Stahl, Friedrich Julius	Die Philosophie des Rechts, Bd. 2, 2. Abtlg., 3. Aufl. Heidelberg 1856
Stein, Ekkehard	Der Verwaltungsvertrag und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, AöR Bd. 86 S. 320 ff.
Stein, Lorenz von	Die Verwaltungslehre, Teil 2: Die Lehre von der Inneren Verwaltung, Stuttgart 1866
Stern, Klaus	Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Verw Arch. Bd. 49 S. 106 ff.
Thoma, Richard	Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft, JöR Bd. 4 S. 196 ff.
Winterfeld, Achim von	Das Verfassungsprinzip des rechtlichen Gehörs, NJW 1961 S. 849 ff.

Wolff, Hans J.	Verwaltungsrecht I, 5. Aufl. München und Berlin 1963
Zeidler, Karl	Empfiehlt es sich, die bestehenden Grundsätze über Auskünfte und Zusagen in der öffentlichen Verwaltung beizubehalten? Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag, Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages, Bd.1 2. Teil, Tübingen 1962
Zschacke	Die Begründung des Verwaltungsakts und ihre Bedeutung im Verwaltungsstreitverfahren, NJW 1954 S.413 ff.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A.A.	Anderer Auffassung
a.a.O.	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AS	Amtliche Sammlung der Entscheidungen
Bad.-Württ.	Baden-Württembergisch
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BBauBl.	Bundesbaublatt
BFH	Bundesfinanzhof und Entscheidungen des BFH
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BSG	Bundessozialgericht und Entscheidungen des BSG
BStBl.	Bundessteuerblatt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht

BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DBG	Deutsches Beamtengesetz vom 26. Januar 1937
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DV	Deutsche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EGZPO	Gesetz, betreffend die Einführung der Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877
Einf.	Einführung
Erl.	Erläuterung
ESVGH	Entscheidungen des Hessischen und des Württemberg-Badischen Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshofs
G	Gesetz
GdV	Grundsatz der Verhältnismäßigkeit
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877
Hess	Hessischer
H.L.	Herrschende Lehre
i.e.S.	im engeren Sinne
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
Komm.	Kommentar

LVG	Landesverwaltungsgericht
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MRVO	Militärregierungsverordnung
N. F.	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRW	Nordrhein-Westfalen
OFD	Oberfinanzdirektion
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg
preuß.	preußisches
PrPVG	preußisches Polizeiverwaltungsgesetz
Rh-Pf	Rheinland-Pfalz
Rnr.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
RV	Reichsverfassung vom 11. August 1919
Sp.	Spalte
StGB	Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871
StPO	Strafprozeßordnung vom 1. Februar 1877
StW	Steuer und Wirtschaft
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
Verw Arch.	Verwaltungsarchiv
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VGHE	Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungs- und Verfassungsgerichtshofs

VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960
WiGBl.	Gesetzblatt des Vereinigten Wirtschaftsgebiets (Bizone)
Württ.-Bad.	Württemberg-Badisch
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZgesStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877
ZStRW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zust.	zustimmend

EINLEITUNG

Wohl kaum ein staatsrechtlicher Terminus ist so vieldeutig und unbestimmt wie der des Rechtsstaats. Er hat im Laufe seiner Geschichte so zahlreiche Deutungen erfahren und ist in so verschiedenem Sinne gebraucht worden[1]), daß es fast unmöglich erscheint, den Gehalt dieses Wortes mit einiger Genauigkeit darzulegen. Unbestreitbar aber ist das Grundgesetz in hohem Maße an gewissen Wert- und Formvorstellungen ausgerichtet, die von jeher an den Ausdruck Rechtsstaat geknüpft sind. Sicherheit besteht auch darüber, daß es sich um eine verfassungsgestaltende Grundentscheidung handelt, durch die bestimmte Anforderungen an Recht und Staat gestellt werden. Jedoch ergeben sich Schwierigkeiten dort, wo es notwendig wird, die Bestandteile des Rechtsstaats im einzelnen zu benennen und zu entscheiden, ob eine bestimmte Rechts- und Staatswirklichkeit dem Rechtsstaat entspricht oder zu ihm in Widerspruch steht. Diese Aufgabe ist jedoch der Rechtsprechung gestellt. Sie muß daher notwendig einen großen Anteil an der Verdeutlichung des Wortes Rechtsstaat, ja der Verwirklichung der damit verbundenen Anschauungen überhaupt, haben.

Es gibt ein umfangreiches Schrifttum über den Rechtsstaat. Entweder befaßt es sich aber mit besonderen Fragen dieses umfangreichen Komplexes, oder es behandelt allgemeine Grundlagen, ohne auf Einzelheiten der Anwendung einzugehen[2]). Es erscheint daher für das Verständnis des Rechtsstaats nicht überflüssig zu untersuchen, wie er in der höchstrichterlichen Rechtsprechung der Bundesrepublik gedeutet wird, welche Grundsätze als seine Kennzeichen betrachtet und wie sie im einzelnen angewendet werden. Damit ist das Ziel der vorliegenden Arbeit umrissen. Sie soll dazu beitragen, die Konturen des heu-

---

1) Zu den verschiedenen Stufen der Verwendung und Ausprägung des Rechtsstaatsbegriffs allein im 19. Jahrhundert vgl. Thoma, a.a.O. und Stier-Somlo, VerwArch. 19, 56 ff.

2) Eine Auswahl der Judikatur zum Rechtsstaatsgedanken von Helmut Simon in der Schriftenreihe "Theologische Existenz Heute", N.F. Nr. 119, München 1964, S. 64 ff. war dem Verfasser erst nach Abschluß der vorliegenden Arbeit zugänglich. Da Simon sich auf die Wiedergabe der Entscheidungen unter Verzicht auf eine eigene Stellungnahme beschränkt, wird der hier behandelte Gegenstand nur im Umriß berührt.

tigen Rechtsstaats von der Rechtsprechung her begrifflich schärfer zu ziehen. Angesichts der Weite der hier angesprochenen Problematik war die Untersuchung in mehrfacher Hinsicht zu begrenzen. Einmal mußte die Rechtsprechung zum Grundrechtsteil des GG ausgeklammert werden, wenn der Rechtsstaat auch heute gerade durch die Grundrechte in seinem Wesen bestimmt wird. Zum anderen konnte die Literatur nur so weit herangezogen werden, als es zur Bestätigung vorgefundener Ergebnisse oder als Hinweis auf weitere Probleme und die Auseinandersetzung mit Einzelfragen angezeigt war.

Die Untersuchung verfolgt in ihrem ersten Teil die geschichtliche Entwicklung des Rechtsstaats vom Beginn des vorigen Jahrhunderts bis zum Ende der Weimarer Republik, streift die systematische Beseitigung rechtsstaatlicher Einrichtungen durch den Nationalsozialismus und endet mit der neuerlichen Errichtung des Rechtsstaats in der Bundesrepublik Deutschland. Ein geschichtlicher Überblick erschien erforderlich, um die den rechtsstaatlichen Forderungen zugrunde liegenden Gedanken und deren Verwirklichung aufzuzeigen und damit einen Ausgangspunkt für die Beurteilung und auch die Kritik heutigen Rechtsstaatsverständnisses zu gewinnen. Die ständige Wechselwirkung zwischen Idee und Umsetzung in die Wirklichkeit zeigt sich zwangsläufig auch in der Darstellung; eine strenge Trennung beider Kreise war nicht möglich, sollte Zusammengehöriges nicht unnötig getrennt werden.
Gegenstand des zweiten Teils der Untersuchung ist eine allgemeine Betrachtung über die Rechtsprechung zum Rechtsstaat der Bundesrepublik. Nach einleitenden Bemerkungen über die Schwierigkeiten einer Begriffsbestimmung des Rechtsstaats werden vor allem Art und Weise der Verwendung dieses Verfassungsprinzips als Prüfungsmaßstab durch die Gerichte kritisch gewürdigt und die Ableitung des Prinzips aus dem GG erörtert.
Im dritten Teil der Untersuchung werden die Grundsätze des Rechtsstaats behandelt, wie sie sich aus der Rechtsprechung ergeben. Aus der Erwägung, daß sich erst aus vielen Einzelrechtssätzen das Bild des Rechtsstaats der Gegenwart rundet, wurden möglichst viele Entscheidungen in die Betrachtung einbezogen. Sie umfaßt insbesondere die Entscheidungen der oberen Bundesgerichte, des bayerischen Verfassungsgerichtshofs und der oberen Verwaltungsgerichte der Länder seit dem Inkrafttreten des GG bis in die jüngste Zeit. Dem Bemühen, in der Reihenfolge der Grundsätze nach Anwendungsgebieten und Erscheinungsformen zu ordnen, waren allerdings enge Grenzen gezogen, da diese Grundsätze ihre Entstehung weniger logisch-systematischer Entwicklung, als vielmehr unterschiedlichen und wechselnden Bedürfnissen verdanken.
Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse.

1. Teil

Umrisse der geschichtlichen Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland

I. DER RECHTSSTAAT VOM BEGINN DES 19. JAHRHUNDERTS BIS ZUM ERSTEN WELTKRIEG

a) Die Anschauung von einem "Rechtsstaat" hängt aufs engste mit der Verfassungsbewegung am Anfang des vorigen Jahrhunderts zusammen. Durch den Erlaß geschriebener Verfassungsurkunden sollte die monarchische Machtvollkommenheit des Polizeitstaats eingeschränkt werden, indem die Staatsgewalt gemäß der Lehre Montesquieus in verschiedene weisungsunabhängige, sich gegenseitig balancierende und kontrollierende Organe getrennt und nur gemäß festen, in der Verfassung niedergelegten Grundsätzen ausgeübt werden sollte. Die Gewaltenteilung, d.h. die Trennung von Legislative, Exekutive und Justiz, die in den Verfassungen der damaligen Zeit verankert war, sollte die Vereinigung von Macht in einer Hand und so eine willkürliche Ausübung von Herrschaftsbefugnissen verhindern. Sie bildete die Voraussetzung für den Rechtsstaat überhaupt.

b) Die Forderung nach einem Rechtsstaat wurde zuerst in Süddeutschland erhoben. Das Wort hat vor allem Robert von Mohl in der Wissenschaft eingebürgert [1]). Mohl, der von der individualistischen Naturrechtslehre ausging, verband damit die Vorstellung eines seine Tätigkeit auf das Notwendigste beschränkenden Staates. Mit dieser Tendenz zur Begrenzung der Staatszwecke auf den Rechtszweck, d.h. die Garantie der Rechtsordnung (Nachtwächterstaat), war er den verfassungs- und wirtschaftspolitischen Anschauungen des älteren Liberalismus geistesverwandt. Diese politisch-individualistische Rechtsstaatsidee, in der gewisse politische und sittliche Anforderungen an Ziel und Inhalt der Staatstätigkeit enthalten sind, war auf die allgemeine Reaktion

---

1) Vgl. Staatsrecht, S.8 und Die Polizeiwissenschaft nach Grundsätzen des Rechtsstaats, 1832/33; ferner Staatswissenschaften, S.227 ff.; von Stein, S.24; Thoma, S.197. In neuester Zeit hat Herbert Krüger nachgewiesen, daß das Wort "Rechtsstaat" schon vor Mohl in der Literatur zu finden ist. Vgl. die Nachweise auf S.776 Anm. 10.

gegen die Übergriffe des Polizeistaats zurückzuführen. Sie hat angesichts der um die Mitte des vorigen Jahrhunderts wirksam werdenden nationalen und sozialen Ideen keine bleibende Bedeutung erlangen können.
Im Gegensatz zu Mohl kennzeichnete Stahl den Rechtsstaat nicht durch Ziel und Inhalt seiner Betätigung, sondern durch die Art und Weise, wie diese verwirklicht werden[1]). Auch Lorenz von Stein, Otto Bähr und Rudolf von Gneist entwickelten die Rechtsstaatsidee als ein die Form bezeichnendes, also wesentlich die juristische Gestaltung des Staates betreffendes Postulat. Diese formaljuristische Rechtsstaatsidee setzte sich in der Folgezeit besonders in der Verwaltungsrechtswissenschaft durch und war im Staatsleben bis zum Ende der Weimarer Republik wirksam; sie ist es mit gewissen Einschränkungen noch heute. Danach sollte die Machtvollkommenheit der Exekutive eingeschränkt werden durch eine sowohl den Bürger als auch den Staat bindende Rechtsordnung, als deren höchstrangige Erscheinung man das Gesetz ansah. Während bis dahin eine solche Rechtsordnung nur auf dem Gebiet des Privat- und des Strafrechts bestanden hatte, sollte ihr nunmehr auch die hoheitliche Betätigung des Staates in der Verwaltung unterstellt und diese durch Gesetze gebunden werden. Dieses Ziel glaubte man einmal durch die Anerkennung von Grundrechten, in die, wenn überhaupt, nur auf Grund eines in der Verfassung vorbehaltenen Gesetzes eingegriffen werden konnte, zum anderen durch formelle, unter Mitwirkung der Volksvertretung in einem bestimmten Verfahren zustande gekommene Gesetze zu erreichen.

c) Der Wert der Grundrechte in den Verfassungen der deutschen Einzelstaaten des 19. Jahrhunderts ist nicht einheitlich zu beurteilen. Neben solchen, die längst beseitigte Schranken (z.B. Leibeigenschaft, Nachsteuer) nur noch einmal als dauernd beseitigt bestätigten und solchen, die lediglich Programmsätze enthielten, hatte nur ein Teil Gegenwartsbedeutung. Aber auch diese

---

1) "Der Staat soll Rechtsstaat seyn, das ist die Losung und auch in Wahrheit der Entwicklungstrieb der neueren Zeit. Er soll die Bahnen und Gränzen seiner Wirksamkeit wie die freie Sphäre seiner Bürger in der Weise des Rechts genau bestimmen und unverbrüchlich sichern und soll die sittlichen Ideen von Staats wegen, also direkt, nicht weiter verwirklichen (erzwingen), als es der Rechtssphäre angehört, das ist nur bis zur nothwendigsten Umzäunung. Dieß ist der Begriff des Rechtsstaates, nicht etwa daß der Staat bloß die Rechtsordnung handhabe ohne administrative Zwecke, oder vollends Rechte der Einzelnen schütze, er bedeutet überhaupt nicht Ziel und Inhalt des Staates, sondern nur Art und Charakter dieselben zu verwirklichen" (a.a.O. S. 137).

eigneten sich nicht zur unmittelbaren praktischen Anwendung, sondern waren mangels besonderer Ausführungsgesetze kaum mehr als unverbindliche Richtpunkte. Im übrigen enthielten weder die Verfassung des Norddeutschen Bundes von 1867 noch die Reichsverfassung von 1871 Grundrechte. Dennoch waren die Wirkungen vieler Grundrechte in den entsprechenden Spezialgesetzen nicht zu unterschätzen[1]). Soweit derartige Gesetze vom Reichs- oder Landesgesetzgeber erlassen wurden, verloren die entsprechenden Grundrechte der Verfassungen ihre aktuellrechtliche Bedeutung oder wurden modifiziert. Das traf für die große Mehrzahl der einzelstaatlichen Verfassungsbestimmungen zu[2]). Außerdem bildeten die in den Verfassungen zugesicherten Grundrechte keine Schranken für den Gesetzgeber, sondern konnten durch ihn eingeschränkt oder gar entzogen werden, wobei lediglich die Formen der Verfassungsänderung gewahrt werden mußten[3]). Die Grundrechte gewährten daher unmittelbar keinen sicheren Schutz der individuellen Freiheit.

d) Immerhin prägte sich unter ihrem Einfluß dem allgemeinen Bewußtsein die Erforderlichkeit eines förmlichen Gesetzes für jeden Eingriff in Freiheit und Eigentum der Bürger ein. Dieser sog. Vorbehalt des Gesetzes, verbunden mit dem Grundsatz, daß jedes Gesetz nur durch ein neues förmliches Gesetz, nicht aber durch Verordnungen der Verwaltungsbehörden abgeändert, aufgehoben oder durchbrochen werden könne - dem sog. Vorrang des Gesetzes -, bildete den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung[4]). Er wurde zum tragenden Pfeiler des Rechtsstaats überhaupt. Seine Grundlage war der Begriff des formellen Gesetzes. Im Verfassungs- und Rechtsstaat sollten nach den Verfassungsurkunden die Gesetze nicht mehr wie im absoluten Staat vom Monar-

---

1) So wurde im Reich durch das Freizügigkeitsgesetz von 1870 und 1913 die Freizügigkeit geregelt, die Gewerbefreiheit fand Eingang in die Gewerbeordnung von 1869, die Freiheit der Person, die Unverletzlichkeit der Wohnung in die Strafprozeßordnung von 1877, das Briefgeheimnis in verschiedene Post- und Telegraphengesetze von 1871 und 1892, das Versammlungsgesetz von 1908 endlich regelte das Vereins- und Versammlungsrecht, die Verhältnisse der Presse das Pressegesetz von 1874.

2) Bühler, Die subj. öff. Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914, S. 61, 63.

3) Meyer-Anschütz, Lehrb. des Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., Teil 3, 1919, S. 956 Anm. 9.

4) H.J. Wolff, § 9 I b.

chen allein, sondern nur noch unter Mitwirkung einer Volksvertretung erlassen werden können und wie für die Rechtspflege, so auch für die Verwaltung verbindlich sein. Durch die allgemein und zeitlich dauerhaft gedachten Gesetze wollte man eine unterschiedliche oder gar willkürliche Behandlung der Bürger beim Vorliegen gleichartiger Voraussetzungen verhüten. Der Sinn des Gesetzes war nicht so sehr Gerechtigkeit, als vielmehr Berechenbarkeit. Der Gesetzgeber selbst war in dem, was er beschließen wollte, nicht beschränkt[1]). Recht war, was sich in der Form des Gesetzes darstellte. Ein schlechtes Gesetz konnte zwar als ungerecht und gewalttätig getadelt, mußte aber immerhin als gültiges Recht betrachtet werden. Das ausgehende Jahrhundert stand im Zeichen des Gesetzespositivismus, der wegen des so verstandenen wertneutralen Gesetzesbegriffs in der Folgezeit eine Gefahr für den Rechtsstaat werden sollte.

e) So einfach der Gedanke der Gesetzesbindung der Verwaltung an sich war, so schwierig war er zu verwirklichen. Noch bis in das 20. Jahrhundert hinein waren weite Gebiete der öffentlichen Verwaltung entweder überhaupt nicht oder doch nur mangelhaft rechtlich geordnet[2]). An Stelle des Gesetzes beherrschte weithin die innerdienstliche oder anstaltsinterne Anweisung das Feld. Daher war es das erste Gebot des Rechtsstaats, die Rechtsordnung auch im Bereich der öffentlichen Gewalt zu schaffen[3]). Aber auch da, wo eine gesetzliche Regelung schon bestand, waren die Befugnisse der öffentlichen Gewalt vielfach nur durch ganz allgemein gehaltene Vorschriften umgrenzt, so daß der Verwaltung bezüglich der an die Gewaltunterworfenen zu stellenden Anforderungen ein äußerst weiter, auch mangels Verwaltungsgerichten praktisch unüberprüfbarer Betätigungsraum zugestanden wurde[4]). Wie wenig diese allgemein gehaltenen Ermächtigungen dem rechtsstaatlichen Ideal nach möglichst weitgehender Unterwerfung der öffentlichen Gewalt unter das Gesetz entsprachen, liegt auf der Hand.

---

1) Allerdings war in der Literatur streitig, ob die als formell allmächtig bezeichnete Gesetzgebung materiell-rechtliche Schranken habe. Vgl. dazu Thoma, S.202 Anm. 1.

2) Dieser Zustand wurde vielfach beklagt: vgl. Thoma, S.212 f.; H. Preuß, Das städtische Amtsrecht in Preußen, 1902, S.13; Sarwey, S.5.

3) O. Mayer, S.62.

4) So konnte z.B. nach § 6 i des preuß. G. über die Polizeiverwaltung v. 11. März 1850 außer den in den vorangegangenen Buchstaben a) - h) aufgeführten Gegenständen auch "alles andere, was im besonderen Interesse der Gemeinden und ihrer Angehörigen polizeilich geordnet werden muß" durch ortspolizeiliche Vorschriften geregelt werden. Vgl. die Einzelheiten bei W. Jellinek, S.127 ff.

f) Die Gewähr gesetzmäßiger Verwaltung war erst dann gegeben, wenn jeder Verwaltungsakt im Streitfall gerichtlich auf seine Rechtmäßigkeit überprüft werden konnte. Mit dem Übergang vom Polizeistaat zum neuzeitlichen Verfassungsstaat empfand man daher schon bald das Bedürfnis nach Rechtsschutz auch gegenüber Akten der öffentlichen Gewalt. Zwar gab es schon vorher eine sog. "Verwaltungsrechtspflege", eine "Administrativjustiz", doch war sie nichts anderes als Rechtspflege durch die Verwaltungsbehörden selbst, wenn auch in einem förmlichen Verfahren. Die Zuständigkeit der Gerichte war auf die Privatrechtsstreitigkeiten (einschließlich der Ansprüche gegen den Fiskus) beschränkt, und jeder Eingriff der richterlichen Gewalt in das hoheitliche Gebiet der Verwaltung wurde von den Regierungen und Verwaltungsbehörden abgelehnt. Die Mängel[1]) der Verwaltungsrechtspflege wogen in den Augen des Volkes so schwer, daß die Reichsverfassung der Paulskirche vom 28. März 1849 in § 182 bestimmte: "Die Verwaltungsrechtspflege hört auf; über alle Rechtsverletzungen entscheiden die Gerichte", worunter man die Zivil- und Strafgerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit verstand.

g) Der bedeutendste Wortführer dieses sog. neueren Justizstaates war Otto Bähr[2]) mit seiner im Jahre 1864 erschienenen Schrift "Der Rechtsstaat". Seine Forderung, alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten der Justiz zu unterstellen, lag bei dem voll durchgebildeten Rechtsschutz der mit allen Garantien richterlicher Unabhängigkeit ausgestatteten ordentlichen Gerichte verständlicherweise nahe. Dieser Gedanke wurde auch mehrfach verwirklicht, so in Oldenburg, Braunschweig und namentlich in den Hansestädten[3]). In den Hansestädten hat sich diese Einrichtung bis 1918 gehalten. Aber auch in anderen deutschen Staaten

---

1) Trotz der Mängel, die der Verwaltungsrechtspflege alten Stils vor allem wegen der fehlenden sachlichen und persönlichen Unabhängigkeit der Beamten anhafteten, konnte sie einen nahezu vollwertigen Schutz für den Bürger bedeuten, wenn sie von richterlichem Geiste getragen war. Bei dem Württ. Geheimen Rat, einem aus Ministern, jederzeit absetzbaren Räten und den Vorständen des Obertribunals zusammengesetzten Kollegium, lag diese Voraussetzung anscheinend vor; vgl. Sarwey, S.257 ff., 260.

2) Bähr war aber keineswegs der einseitige Verfechter des Justizstaates, als der er heute meist hingestellt wird; vgl. a.a.O. S.69, 70 f., 71.

3) § 15 Bremer Verf. v. 21. Febr. 1854 bestimmte ohne Einschränkung: "Jedem, der sich durch eine Verwaltungsmaßregel in seinen Privatrechten gekränkt glaubt, steht der Rechtsweg offen."

waren in verschiedenem Umfang gewisse öffentlich-rechtliche Streitigkeiten den ordentlichen Gerichten zur Entscheidung übertragen[1]. Eine vollständige Kontrolle der Justiz über die Verwaltung hat hingegen nie bestanden. In der Folge wurden auch Zweifel laut, ob die Entscheidung aller Verwaltungsstreitigkeiten durch die ordentlichen Gerichte überhaupt durchführbar sei. Vor allem Rudolf von Gneist bestritt den Justizrichtern wegen der Besonderheiten des öffentlichen Rechts die Fähigkeit dazu und forderte besondere Gerichte des öffentlichen Rechts. Er befürwortete für den obersten Rechtszug die Einführung eines mit rechts- und verwaltungskundigen Männern besetzten Gerichtshofs und schlug vor, in den unteren Rechtszügen die Verwaltungsbehörden durch ehrenamtliche Mitglieder zu verstärken und sie so zu unparteiischen Verwaltungsgerichten zu machen[2].

h) Im großen und ganzen wurden die Vorschläge Gneists verwirklicht. Als erstes Land errichtete Baden im Jahre 1863 einen Verwaltungsgerichtshof. Andere Länder folgten[3]. Im Reich hingegen wurde ein zentrales Reichsverwaltungsgericht nicht geschaffen, vielmehr wurden nur verschiedene Sonderverwaltungsgerichte mit Behörden gebildet, die z.T. auch als obere Verwaltungsbehörden tätig waren, also keine echten Gerichte im heutigen Sinne einer strengen organisatorischen Trennung von der Verwaltung darstellten. Die Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den einzelnen Ländern war verschieden und nicht in allen entsprach sie der rechtsstaatlichen Forderung nach strenger Trennung von der Verwaltung. Von Ausnahmen abgesehen war nur in der obersten Instanz die Verbindung mit der Verwaltung vollständig gelöst, mit der Folge voller sachlicher und persönlicher Unabhängigkeit der Richter. Soweit dagegen mittlere und untere Instanzen vorhanden waren, nahmen auf dieser Stufe die Verwaltungsbehörden sowohl Aufgaben der reinen Verwaltung

---

1) So insbesondere in Preußen durch das G. über die Erweiterung des Rechtsweges v. 1861 für Gehaltsansprüche usw. der Beamten, für Steuersachen und den Anspruch auf öff.-rechtl. Entschädigung namentlich im Falle der Enteignung.

2) Vgl. Gneist, a.a.O. Die erste Betonung der Notwendigkeit, Gerichtshöfe des öff. Rechts zu schaffen, findet sich in seinem Werk: "Das heutige englische Verfassungs- und Verwaltungsrecht," 1857-1863, Bd. I § 170 f., Bd. II § 130.

3) Von den wichtigsten seien genannt: Preußen 1872 mit der Einrichtung der Kreisausschüsse beim Landrat, der Bezirksausschüsse bei den Regierungen und 1875 des OVG; Hessen 1875; Württemberg 1876; Bayern 1878; das Königreich Sachsen 1900; die thüringischen Staaten 1912; daneben gab es noch Sonderverwaltungsgerichte der Länder von nicht allzu großer Bedeutu
Vgl. die vollständige Übersicht bei W. Jellinek, S. 92 f.

als auch der Rechtsprechung wahr, wobei sie sich für das Verwaltungsstreitverfahren durch Zuziehung ehrenamtlich tätiger Bürger oder weiterer Verwaltungsbeamter verstärkten und in einem förmlichen Verfahren, das dem der ordentlichen Gerichte weitgehend nachgebildet war, entschieden. Bei dieser Rechtsprechungstätigkeit war zwar die sachliche Unabhängigkeit der Beamten im allgemeinen - wenn auch nicht in allen Staaten - gewährleistet, dagegen blieben sie nach wie vor frei versetzbar.

i) Ganz allgemein war die Verwaltungsgerichtsbarkeit mannigfachen Beschränkungen ausgesetzt. Einmal war die sachliche Zuständigkeit durch Enumeration oder eine beschränkte Generalklausel eng begrenzt, zum anderen fehlte in vielen Bereichen des öffentlichen Lebens überhaupt noch ein justiziables Verwaltungsrecht. In Süddeutschland, wo der gerichtliche Schutz an die Verletzung subjektiver öffentlicher Rechte gebunden war, führte auch die mangelnde Klarheit über diesen Begriff häufig zur Rechtsschutzverweigerung und einer nur langsamen und vorsichtigen Ausweitung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Andererseits hat besonders die Rechtsprechung des preußischen OVG fruchtbar gewirkt und über Preußen hinaus bedeutenden Einfluß gewonnen [1].

II. DER RECHTSSTAAT VOM ERSTEN WELTKRIEG BIS ZUM ENDE DER WEIMARER REPUBLIK

a) Der erste Weltkrieg unterbrach die weitere Entwicklung zum Rechtsstaat. Während des Krieges und in den ersten Jahren danach ging eine mächtige "polizeistaatliche" Welle durch das Land. In zahlreichen Gesetzen und Verordnungen, die schwer in die Privatsphäre eingriffen, wie z.B. auf dem Gebiet der Wohnungszwangswirtschaft, war der Rechtsweg zu den Gerichten ausgeschlossen [2]. Aber bald nach Überwindung der schwersten Kriegsfolgen bewies der Rechtsstaatsgedanke, allen entgegengesetzten Voraussagen zum Trotz, seine ungebrochene Lebenskraft. Unter der Weimarer Republik, die im wesentlichen die rechtsstaatlichen Einrichtungen der Vorkriegszeit übernahm, wurde das Verwaltungsrecht durch neue, bedeutende Kodifikationen erweitert, die das Handeln

---

1) Erinnert sei nur an die von dem OVG entwickelte strenge Bindung der Polizei an die Grundsätze des Art. 10 II 17 des Allg. Landrechts, durch die nahezu alle Akte der Polizei der gerichtlichen Nachprüfung unterstellt wurden.

2) Vgl. die Beispiele bei Wiedersum, JW 1922, 666 ff. und Fleiner, S.245 und Anm. 20.

der Exekutive an feste rechtliche Regeln banden und damit im Sinne des Rechtsstaates wirkten[1]). Mag dabei auch manches, wie z.B. der Rechtsschutz nach der Reichsabgabenordnung von 1919, unseren heutigen Anforderungen an den Rechtsstaat noch nicht voll entsprochen haben, so war es mit Hilfe dieser Gesetze doch möglich, bisher rechtlich nicht oder nur ungenügend erschlossene Lebensbereiche der Herrschaft des Gesetzes zu unterstellen und damit den Bau des Rechtsstaats ein gutes Stück voranzutreiben[2]). Aber auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde weiter ausgebaut; neue Verwaltungsgerichte kamen zu den vorhandenen hinzu[3]) und bei der Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit ging die Tendenz deutlich zur Generalklausel[4]). Die obersten Verwaltungsgerichte genossen volle sachliche und weitgehend auch persönliche Unabhängigkeit, wobei allerdings die Gerichte in den einzelnen Ländern ganz unterschiedlich besetzt waren. Das Ideal eines nur mit lebenslänglich angestellten Richtern besetzten obersten Gerichtshofs war nur in manchen Ländern verwirklicht, während in anderen noch immer einige oder - wie in Mecklenburg-Strelitz - gar alle Richter der Verwaltung angehörten oder doch angehören konnten[5]). Dagegen genügten die unteren und mittleren sog. Verwaltungsgerichte den Forderungen der Gewaltentrennung im allgemeinen nicht, da die richterlichen Funktionen von reinen Verwaltungsbeamten ausgeübt wurden. Die gerichtlichen Sitzungen der Verwaltungsbehörden unterschieden sich von den sonstigen nur durch ein gewisses Mehr an Feierlichkeit; so bestand für den Kreisausschuß in

---

1) Schon 1911 war die Reichsversicherungsordnung erlassen worden. Es folgten u.a. 1919 die Reichsabgabenordnung, 1926 die thüringische Landesverwaltungsordnung, 1931 das preußische Polizeiverwaltungsgesetz und der Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg.

2) Wo Gesetze noch fehlten, stellte die Praxis allerdings, wenn ein unabweisbares Bedürfnis zu hoheitlichem Einschreiten vorlag, vorkonstitutionelle Erlasse des Landesherrn (Kabinettsordres) verfassungsmäßigen Gesetzen gleich, um auf diese Weise Eingriffe in Freiheit und Eigentum zu rechtfertigen. Diese Praxis wurde konstituiert durch Art. 178 Abs. 2 der Weimarer Reichsverfassung.

3) Lübeck errichtete 1916 einen VGH, Hamburg 1921, Mecklenburg-Strelitz und Mecklenburg-Schwerin 1922, Bremen 1924.

4) Eine fast schrankenlose Zuständigkeitsklausel hatten Hamburg und Bremen und, etwas abgeschwächt, Württemberg, Sachsen, Lübeck und Thüringen. Dagegen fehlte eine solche in Bayern ganz, in Preußen betraf sie nur das Polizeirecht und das Recht der Gemeindeabgaben.

5) Wegen der Einzelheiten vgl. W. Jellinek, S. 94 f.

Preußen unbedingtes Rauchverbot!

b) Finden wir so in der Weimarer Republik die rechtsstaatlichen Errungenschaften der vergangenen Epoche - teilweise in verbesserter und erweiterter Form - wieder, so beeinflußte doch der tiefgreifende Wandel der politischen und gesellschaftlichen Verhältnisse durch die Revolution den Rechtsstaat und die ihm zugrunde liegenden Vorstellungen ganz wesentlich. Mit dem Übergang zur Demokratie im Jahre 1919 verebbte der Dualismus Staat-Gesellschaft, der die Quelle des Rechtsstaatsgedankens gewesen war. Das Volk war nunmehr selbst Staatsträger geworden, wenn es dieser Aufgabe auch nur unvollkommen gewachsen war. Aber dieses Volk war nicht homogen, sondern schon vom Jahre 1920 ab, insbesondere durch die Gestaltung des Verhältniswahlrechts, in gegensätzliche Parteien zersplittert, deren jede sich der Staatsmacht und des Verwaltungsapparates zur Durchsetzung der eigenen, partikulären Ziele bedienen wollte. So ging nicht nur der persönliche Bezug der Beamten zu einem Monarchen, sondern auch zu der durch ihn verkörpert gewesenen Sinneinheit des Staates verloren. Auch die Verfassung, die uneinheitlich auf Kompromissen beruhte und keineswegs allseitige Billigung fand, erwies sich bei der Selbstsucht der Parteien und der mangelnden Unterordnung des Parteiwohls unter das allgemeine Wohl mehr und mehr als wirkungsunfähig. Bereits unter dem Reichspräsidenten Ebert wurde in erweiterter Auslegung des Art. 48 II RV mit Hilfe von Notverordnungen und Ermächtigungsgesetzen regiert, und unter dem Reichspräsidenten von Hindenburg (gewählt 1925 und 1932) kam es ebenfalls zu weitgehender Anwendung der sog. Diktaturgewalt des Art. 48 mit dem Erlaß zahlloser Notverordnungen sogar für das Gebiet der Finanzen, sowie zuletzt zur Bildung von Präsidialkabinetten, die lediglich das Vertrauen des Reichspräsidenten besaßen, ohne durch eine sichere Mehrheit des Reichstags gestützt zu werden. Die sehr allgemein gehaltene Ermächtigung des Art. 48 kehrte den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung geradezu in sein Gegenteil um, weshalb ihm auch zum Vorwurf gemacht wurde, mit den Grundsätzen des Rechtsstaats nicht in Einklang zu stehen[1]). Gleiches gilt für die Ermächtigungsgesetze, da auch sie der Forderung nach möglichst genauer Umschreibung der hoheitlichen Befugnisse widersprachen[2]).
Verfassungsrechtlich bedenklich war auch die rasch üblich gewordene Praxis des

---

1) Vgl. dazu W. Jellinek, S.89.

2) Das erste Ermächtigungsgesetz der neueren Zeit war das G. über die Ermächtigung des Bundesrates zu wirtschaftlichen Maßnahmen v. 4. Aug. 1914. Der Bundesrat war danach "ermächtigt, während der Zeit des Krieges diejenigen gesetzlichen Maßnahmen anzuordnen, welche sich zur Abhilfe wirtschaftlicher Schädigungen als notwendig erweisen."

Art. 76 RV, unterschiedslos Einzelanordnungen, welche verfassungsgesetzliche Bestimmungen durchbrachen, in der Form eines verfassungsändernden Gesetzes zu erledigen[1]).

c) Diese Erscheinungen, verbunden mit dem positivistischen Gesetzesbegriff, der jede im förmlichen Gesetzgebungsverfahren zustande gekommene Rechtsnorm ohne Rücksicht auf den Inhalt zum Gesetz erklärte, mußte notwendig zur Aushöhlung eines der wichtigsten Grundsätze des Rechtsstaats, des formellen Gesetzes, führen. Damit aber war zugleich der Begriff der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der ja auf dem Begriff des formellen Gesetzes aufbaut, im Kern berührt. Das losgelöst von allen Wertvorstellungen verstandene Gesetz - ursprünglich ein Mittel, um obrigkeitlicher Willkür zu begegnen - erwies sich zum Schutze des Rechtsstaats gegen den Absolutismus einer Parlamentsmehrheit als unbrauchbar. So war die staatliche Verwaltungswirklichkeit ganz und gar auf den Willen der gewöhnlichen Staatsgesetzgebung abgestellt und dort, wo dieser Wille den Umfang erweiterte, durch keine grundsätzlichen Rechtsgedanken oder verfassungsmäßigen Rechtssätze gehindert. Im Hochgefühl parlamentarischer Souveränität versäumte man, sich auf mögliche, auch den Gesetzgeber bindende Schranken zu besinnen; die formelle Allmacht des Gesetzgebers schien keine Begrenzungen zu dulden.
Mehrfache Warnungen, daß das Festhalten an dem reinen Gesetzesdenken steril zu werden und den Staat mehr und mehr vom Rechtsstaat hinwegzuführen drohe, drangen indessen nicht durch[2]). Das Ergebnis war die Wehrlosigkeit dieses Staates gegenüber der "legalen" Machtergreifung Hitlers, der sich die Zertrümmerung der besonderen Einrichtungen des Rechtsstaats vornehmlich angelegen sein ließ. An die Stelle von Gewaltenteilung und von Grundrechten mit der politi-

---

1) Gegen dieses Vorgehen vor allem H. Preuß, DJZ 1924, 653 und H. Triepel, DJZ 1926, 845.

2) Goldschmidt, JW 1924, 245 ff. spricht von "Gesetzesdämmerung"; vgl. ferner die Ausführungen bei C. Schmitt, S. 138 ff., 142. Besonders deutlich hat Darmstädter (S. 194) die Gefahren, die dem Rechtsstaat durch einen nach rein formalen Kriterien bestimmten Gesetzesbegriff, vor allem wegen seiner Auswirkungen in dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, drohen, gesehen. Über seine Zeit schreibt er: "Heute ist die Gesetzmäßigkeit zu einem inhaltsleeren, bloß formalen Prinzip geworden, das jeden Inhalt in sich aufnehmen kann und gegen keinen Inhalt Schutz bietet." Materielle Rechtmäßigkeit im Gegensatz zu formaler Gesetzmäßigkeit fordert er für den Rechtsstaat und findet ihren Inhalt in der natürlichen Freiheit und Gleichheit der Staatsbürger.

schen Vorherrschaft der Volksvertretung trat Gewaltenvereinigung in der Person des Führers und Reichskanzlers Adolf Hitler, die Herrschaft der Gesetze wurde abgelöst durch den Grundsatz der Herrschaft des Führerwillens eines einzelnen Mannes, die Unabhängigkeit der Richter aufs äußerste bedroht und der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz nahezu aufgehoben, um nur einige der einschneidendsten Veränderungen zu nennen.

III. DER RECHTSSTAAT UNTER DEM GRUNDGESETZ

a) Nach dem Zusammenbruch des totalen Führerstaates im Mai 1945 knüpft das GG an die Prinzipien des liberalen Rechtsstaats an[1]), bildet ihn aber entsprechend den veränderten politischen Verhältnissen weiter. Ausgangspunkt für die neue Rechts- und Staatsauffassung ist die Einzelpersönlichkeit, die wegen der Übersteigerung des parteipolitisch verstandenen Gemeinschaftsgedankens im Dritten Reich in den Hintergrund getreten war. Die Betonung der Werthaftigkeit der Einzelpersönlichkeit, insbesondere durch der Verfassung vorangestellte aktuelle (Art. 1 III GG) Grundrechte mit den Sicherungen der Art. 19 I und II und Art. 79 III GG, hat ihren Grund vor allem in der Erkenntnis, daß der auf dem Positivismus mit der Gleichsetzung von Recht und positivem Rechtssatz beruhende, rein formell verstandene Rechtsstaat wegen seiner Wertfreiheit keinen genügenden Schutz gegen legal getarnte staatliche Willkür bietet. In der Tat lag in dieser schon oben erwähnten Rechtsstaatsauffassung eine Einbruchsstelle für die Gewaltherrschaft des Nationalsozialismus mit seiner vollständigen Mißachtung des Individuums. Wegen des Nachdrucks, der heute neben den formellen Sicherungen vor allem auf die Wertidee des Rechtsstaats gelegt wird, die besonders in den Grundrechten zum Ausdruck kommt und die auch für den Gesetzgeber verbindlich ist, muß der Rechtsstaat der Bundesrepublik zugleich als materieller Rechtsstaat bezeichnet werden[2]).

b) Mit dem Bekenntnis zum "sozialen" Rechtsstaat (Art. 28 I GG) verfolgt das GG die schon im liberalen Rechtsstaat seit Ende der 70er und Anfang der 80er Jahre des vorigen Jahrhunderts eingeschlagene soziale Richtung in verstärktem

---

1) H.J. Wolff, § 11 II c; Merk, S. 280; Jesch, S. 166 und Anm. 297. Besonders Klein in ZgesStW. Bd. 106 (1950), S. 398, 401 ff. weist nach, daß die rechtsstaatliche Konzeption des GG fast durchgängig bürgerlich-liberal-individualistisch ist.

2) H.J. Wolff, § 11 II b 3; Maunz-Dürig, Rnr. 70 zu Art. 20 GG; H. Huber, S. 69. Huber rechnet außer den Grundrechten auch die Verfassungsgerichtsbarkeit zur materiellen Rechtsstaatlichkeit.

Maße weiter. Während sich aber der liberale Rechtsstaat im wesentlichen auf die Gewährleistung der rechtlichen Gleichheit und Sicherheit, der Freiheit und des Eigentums nach Maßgabe der Gesetze beschränkt hatte, ohne die bestehende Sozialordnung umzugestalten, ist der Gesetzgeber unter der Herrschaft des GG "verfassungsrechtlich zu sozialer Aktivität, insbesondere dazu verpflichtet, sich um einen erträglichen Ausgleich der widerstreitenden Interessen und um die Herstellung erträglicher Lebensbedingungen für alle .... zu bemühen"[1].

1) BVerfGE 1, 97 (105). Vgl. zum Thema des sozialen Rechtsstaats Herbert Krüger, S.810 ff.; Bachof und Forsthoff, Begriff; Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Bonner GG, 1953; Fechner, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, 1953; Merk, S.279.

2. Teil

Das Prinzip des Rechtsstaats in der höchstrichterlichen Rechtsprechung

I. DIE ART DER BEZUGNAHME AUF DEN RECHTSSTAAT IN DEN GERICHTLICHEN ENTSCHEIDUNGEN

1. Die Schwierigkeiten der Begriffsbestimmung

Von vornherein sieht sich die Rechtsprechung bei der Subsumtion gegebener Sachverhalte unter das Wort "Rechtsstaat" in einer schwierigen Lage: Sie hat es hier nicht mit einem Rechtsbegriff[1] mit fest umrissenen Inhalt zu tun, sondern mit einem Prinzip, das zwar die gesamte Verfassungsstruktur mitbestimmt und von dem auch einige Eckpfeiler im GG ausdrücklich normiert sind, dem aber keinesfalls in allen Fällen eine klare Antwort auf die Frage, ob der oder jener Lebenssachverhalt noch mit dem "Rechtsstaat" vereinbar sei oder ob er "rechtsstaatlichen Grundsätzen" entspreche, entnommen werden kann. Die Ausfüllung des Wortes "Rechtsstaat" mit greifbarem Inhalt ist noch besonders dadurch erschwert, daß es sich nicht um ein starres und auf einen engen Bereich der Rechtsordnung beschränktes, sondern ein sehr wandlungsfähiges Prinzip handelt, das das ganze öffentliche Recht beherrscht und wegen seiner Anpassungsfähigkeit geeignet ist, auch Wechsel der gesellschaftlichen, politischen und wirtschaftlichen Verhältnisse zu überstehen. Das zeigt schon ein Blick auf seine Geschichte. Gewiß kann sich die Rechtsprechung wenigstens zum Teil auf traditionelle Vorstellungen vom Rechtsstaat und seinen Elementen stützen, wie sie in der Vergangenheit herausgearbeitet worden sind. Aber auch hier ist bereits zweifelhaft, ob diese Vorstellungen auch für die Gegenwart gültig sind oder ob sich ihr Sinn nicht gewandelt hat. Im einen Fall kann sich die Rechtsprechung auf das überkommene rechtsstaatliche Gedankengut stützen, im anderen Falle ist sie genötigt, von sich aus festzustellen, was der Rechtsstaat heute fordert. Wir werden sehen, daß sowohl das eine als auch das andere zutrifft, jedenfalls aber die überlieferten Grundsätze allein zur Lösung gegenwärtiger Fragen nicht ausreichen. Daher kann die Rechtsprechung

---

1) Forsthoff, Begriff, S. 8 ff. (36).

nicht darauf verzichten, die unbestimmte Formel "Rechtsstaat" zu konkretisieren, sondern muß sich dieser Aufgabe stellen.
Nun kann man einem der Subsumtion nur teilweise zugänglichen Grundsatz dadurch beikommen, daß man aus ihm abstrahiert, was man für seine Bestandteile hält. Dieses Vorgehen birgt eine doppelte Gefahr. Einmal ist es möglich, daß der Richter die Existenz rechtsstaatlicher Grundsätze behauptet, die mehr den eigenen Vorstellungen entsprechen, als daß sie von der allgemeinen Rechtsüberzeugung getragen sind. Andererseits kann er wegen der Vielfalt der möglichen Bedeutungen des Wortes Rechtsstaat auch der Versuchung einer schlagwortartigen Anwendung erliegen, die die Mühe vermeidet, den gerade für den zur Entscheidung stehenden Fall zutreffenden Bedeutungsinhalt sauber herauszuarbeiten oder, wenn möglich, nach einer anderen, treffenderen, nicht gerade auf den Rechtsstaat bezogenen Begründung zu suchen.

2. Mängel bei der Begriffsbestimmung

a) In den Gerichtsentscheidungen erscheinen häufig die Ausdrücke "rechtsstaatliche Grundsätze", "allgemeine rechtsstaatliche Gesichtspunkte", "Gedanke des Rechtsstaats", "rechtsstaatliche Auffassung", "rechtsstaatliches Denken" oder der "neuzeitliche Rechtsstaatsgedanke" und andere, ähnliche Wortgruppierungen, wenn bestimmte Forderungen des Rechtsstaats herausgehoben werden sollen. Für die Begriffsbestimmung ist damit wenig gewonnen, zumal die Entscheidungen auch in den weiteren Ausführungen oft nicht erkennen lassen, ob hier eine bereits anerkannte Grundforderung des Rechtsstaats gemeint ist oder ob ein neues Postulat aufgestellt wird. Welche "allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze" sind es denn eigentlich, die dieses oder jenes verlangen bzw. untersagen? Es dient sicher der Klarheit, wenn an Stelle solcher unbestimmten Bezeichnungen oder etwa des Oberbegriffes der "Rechtsstaatlichkeit" möglichst deren besondere Ausprägung, z.B. der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (unterschieden nach Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes), der durch Art. 19 IV GG normierte Rechtsschutz oder ähnliches angegeben würde. Diese Methode hat den Vorzug, von gesichertem Boden aus argumentieren zu können, wobei der Zusammenhang mit Vorhandenem gewahrt bleibt und nur dort, wo es sich als notwendig erweist, neue Zusätze gemacht und Erweiterungen vorgenommen werden. Leider ist die Rechtsprechung diesen Weg nicht immer gegangen. Dafür zwei Beispiele, die für andere stehen. Nach einer Entscheidung des LVG Koblenz[1] soll eine aus Gründen der Wohnungsnot

---

1) VerwRspr. 2, 330.

vorgenommene, mit bau- und feuerpolizeilichen Vorschriften in Widerspruch stehende Wohnungseinweisung mit dem "Grundsatz des Rechtsstaats" nicht vereinbar sein, da es nicht dem Ermessen der Verwaltung überlassen werden könne, ob und inwieweit sie bei ihren Anordnungen die bestehenden Bestimmungen beachten wolle. Mit dem Grundsatz des Rechtsstaats kann hier nur derjenige der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gemeint sein und zwar speziell der sog. Vorrang des Gesetzes, wie er in Art. 20 III GG normiert ist. Ebenso ist der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz angesprochen, wenn das OVG Münster[1] ausführt, es widerspreche dem "Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit", daß Zwangsbefugnisse und Strafen der Gerichte (und der Verwaltungsbehörden) durch Analogie begründet werden könnten. Immerhin läßt die sich anschließende Bezugnahme auf die Notwendigkeit der gesetzlichen Ermächtigung für jeden Eingriff in Freiheit und Eigentum der Bürger erkennen, daß auch hier der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz, diesmal die Vorbehaltskomponente, gemeint ist, angewandt auf die Verwaltungstätigkeit eines Gerichts. Da es sich hier um eine - zu Recht erfolgte - Erweiterung des Gesetzmäßigkeitsprinzips vom Gebiet der Verwaltung im üblichen Verstande auf das der Justizverwaltung handelt, für das es nach seinem Ursprung nicht gedacht war, so hätte das Gericht auf diese Transponierung hinweisen müssen.

b) Ist mit den vorigen Beispielen wenigstens angedeutet, worauf sich die Gerichte beziehen, so ist in anderen Fällen überhaupt nicht auszumachen, welche der behaupteten rechtsstaatlichen Grundsätze gemeint sind. Wie BVerwGE 2, 30 ausführt, sind gegen die Rechtsgültigkeit einer Verordnung dann erhebliche Bedenken geltend zu machen, wenn sie der Verwaltung unbegrenzte und nicht nachprüfbare Befugnisse einräumt. Ohne hier ins einzelne zu gehen, läßt sich doch soviel sagen, daß zu den "allgemeinen rechtsstaatlichen Gesichtspunkten", aus denen das Gericht seine Bedenken herleitet, mindestens die Gewaltenteilung, der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz, das Rechtsschutzprinzip, Art. 19 II GG und der Gleichheitssatz gehören, und die gefährdet sind, wenn die Befugnisse der Verwaltung so weit gesteckt sind, daß sie praktisch auch willkürlich verfahren kann[2].

---

1) VerwRspr. 11, 40.

2) Unklar ist der rechtsstaatliche Ursprung auch in BVerwGE 2, 55, 60, 62. Danach sollen unter "allgemeinen rechtsstaatlichen Gesichtspunkten" die Verwaltungsbehörden, insbesondere die Einspruchs- und Beschwerdebehörden, verpflichtet sein, die von ihnen noch nicht abgeschlossenen Fälle bis zum Erlaß der Einspruchs- oder Beschwerdebescheide auf Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit zu prüfen.

c) Mitunter ist die Begründung mit rechtsstaatlichen Grundsätzen auch entbehrlich, soweit spezielle Normen vorhanden sind. Dieses Zurückgreifen vermißt man in BVerwGE 7, 30 (36), wo die Weitergeltung von § 7 Wasserverbandsordnung verneint wird. Nach dieser Vorschrift konnte das Bestehen eines Wasser- oder Bodenverbandes nicht mit der Begründung angefochten werden, daß bei dem Erlaß der Satzung eine Voraussetzung gefehlt habe. Diese Vorschrift soll gegen den "neuzeitlichen Rechtsstaatsgedanken" verstoßen. In Wahrheit handelt es sich hier um eine Einschränkung des Rechtsschutzes, die nach Art. 19 IV GG unzulässig ist. Art. 19 IV hätte somit weit näher gelegen als der reichlich unbestimmte neuzeitliche Rechtsstaatsgedanke[1]).

d) Ganz unbefriedigend sind die Entscheidungen, in denen neuartige Bestandteile des Rechtsstaats behauptet werden, ohne daß für ihre Zugehörigkeit zum Rechtsstaat auch nur die geringste Begründung gegeben wird, sei es, daß diese nova auf anerkannte Rechtsstaatsgrundsätze gestützt werden oder doch wenigstens der Versuch gemacht wird, sie aus der veränderten staatsrechtlichen Situation und der Gesamtkonzeption des GG als notwendig anzuerkennende Elemente dieses Prinzips darzutun. Hier sind besonders die Entscheidungen zu nennen, die die Rechtssicherheit[2]) und Gerechtigkeit[3]), den Grundsatz der "Normenklarheit"[4]) und das Schuldprinzip im Strafrecht[5]) und darüber hinaus auch

---

1) Vgl. dazu auch die Entscheidung des Bundesdisziplinarhofs, AS 5, 38. Das Gericht führt darin aus, daß sich die "Lockvogelei", im besonderen das Einbringen von Fangbriefen, "mit rechtsstaatlichem Denken" nicht ohne weiteres vereinbaren lasse. Ihre Anwendung sei aber dann zulässig, wenn sie zur Erfüllung der Überwachungspflicht oder zur Überprüfung eines in den Verdacht der Unredlichkeit geratenen Beamten notwendig sei. Die Bedenken gegen das Vorgehen der Postverwaltung resultieren nicht allgemein aus rechtsstaatlichen Grundsätzen, sondern speziell aus der möglichen Mißachtung der Menschenwürde. Das Gericht hätte sich daher auf Art. 1 I GG stützen können, wobei allerdings zuzugeben ist, daß dessen Inhalt nicht eben eindeutiger ist als der des Rechtsstaats.

2) BVerfGE 2, 380 (403); 3, 225 (237); 7, 194 (196); BVerwGE 13, 36 (39); BFH 67, 300 (304); VGH Freiburg, VerwRspr. 7, 134.

3) BVerfGE 7, 194 (196); 7, 87 (92); OVG Münster, VerwRspr. 13, 712.

4) BVerfGE 5, 25 (31); 9, 223 (229); BayVerfGH, VGH N.F. 6 II 35 (54); 11 II 23 (34).

5) BayVerfGH, VGH N.F. 3 II 109 (114).

im Bereich der Ordnungswidrigkeiten[1]) als rechtsstaatliche Grundsätze bezeichnen. Im einzelnen wird darauf noch bei der jeweiligen Besprechung dieser Grundsätze zurückzukommen sein.

II. ABLEITUNG UND RANG DER GRUNDSÄTZE DES RECHTSSTAATS

1. Das Grundgesetz als Ausgangspunkt

a) Maßgebend für die Ableitung des Grundsatzes der Rechtsstaatlichkeit und seiner wichtigsten Komponenten ist in erster Linie das GG. Es enthält zwar keine vollständige Zusammenfassung dessen, was unter einem "Rechtsstaat" zu verstehen ist, aber immerhin einige wesentliche Ausschnitte aus dem hier angesprochenen Ideenkreis. Vom "Rechtsstaat" selbst ist bekanntlich nur in Art. 28 I 1 GG die Rede, wo es heißt: "Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaats im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen." Mit den Worten "im Sinne dieses Grundgesetzes" ist gesagt, daß der Rechtsstaat im GG seinen Ausdruck gefunden hat und die verfassungsrechtliche Ordnung in Bund und Ländern bestimmt. Was das Wort "Rechtsstaat" im einzelnen zum Inhalt hat, ist allerdings weder in Art. 28 noch in anderen Grundrechtsbestimmungen erläutert. Wichtige Forderungen des Rechtsstaates enthält Art. 20 GG. Im Absatz 2 ist der Grundsatz der Gewaltenteilung allgemein verankert; spezielle Anwendungsformen dieses Grundsatzes enthalten ferner die Art. 80 I 2 für den Bereich der Rechtsetzung und Art. 92 und 97 für die Rechtsprechung. Der Absatz 3 des Art. 20 enthält den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Den umfassenden Rechtsschutz gegen Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt garantiert Art. 19 IV, die Rechtsstaatlichkeit auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung ist in Art. 101, 103 niedergelegt, und Art. 104 bestimmt das rechtsstaatliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen.

b) Neben diesen Bestimmungen des GG, die die formelle Seite des Rechtsstaatsgedankens betreffen, insofern sie organisatorische Anweisungen über die Art und Weise der Ausübung der verschiedenen Funktionen der Staatsgewalt geben, findet sich dessen inhaltlicher, materieller Aspekt vorwiegend im Grundrechtsteil[2]). Hier werden zur Erhaltung der Menschenwürde (Art. 1 I GG)

---

1) BVerfGE 7, 319; 9, 137 (152).

2) Maunz-Dürig, Rnr. 70 zu Art. 20; Forsthoff, Begriff, S. 14.

als eines vor- und überverfassungsmäßigen Rechtsgutes[1] gewisse unverletzliche und unveräußerliche Grundrechte gewährleistet und zugleich durch Art. 19 II GG in der Weise geschützt, daß ihr Wesensgehalt für unantastbar erklärt wird. Durch die Anerkennung materieller, d.h. Werte setzender Elemente, ist der Rechtsstaat durch das GG erweitert und bereichert worden. Die Gründe für die Absage an den einseitig auf die formalen Merkmale der Rechtsstaatlichkeit bezogenen Rechtsstaat wurden im geschichtlichen Überblick schon gestreift. Auch in der Rechtsprechung wird die materielle Seite mitunter hervorgehoben. So sind nach BVerfGE 6, 32 (44) Gesetze "nicht schon dann verfassungsmäßig, wenn sie formell ordnungsgemäß ergangen sind. Sie müssen auch materiell in Einklang mit den obersten Grundwerten der freiheitlichen demokratischen Grundordnung ... stehen." Diese Werte sieht das BVerfG in dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit, dem Sozialstaatsprinzip sowie der Würde und Freiheit des Menschen. Bezüglich der Vollstreckbarkeit ostzonaler Strafurteile auf dem Gebiet des Wirtschaftsstrafrechts weist BVerfGE 11, 150 (163) mit Recht darauf hin, daß auch ein Unrechtssystem nicht umhin kann, alltägliche Fragen des Gemeinschaftslebens auf weite Strecken in einer Weise zu lösen, die sich äußerlich von einer formal-rechtsstaatlichen Lösung fast nicht unterscheidet. Das BVerfG erklärt jedoch die Vollstreckung eines auf Grund des ostzonalen "Gesetzes zum Schutze des innerdeutschen Handels" ergangenen Urteils in der Bundesrepublik für unzulässig, da jenes Gesetz nicht den Forderungen einer Verfassung entspreche, die sich zum materiellen Rechtsstaat bekenne. Dem schließt sich BVerfGE 12, 99 (109) für das sowjetzonale Devisengesetz an. Das Gericht läßt es hier dahingestellt, ob dieses Gesetz formal den Erfordernissen der Rechtsstaatlichkeit entspricht, da es jedenfalls inhaltlich mit der verfassungsmäßigen Ordnung der Bundesrepublik in Widerspruch stehe. Beide Entscheidungen zeigen, wie das BVerfG zur Bestimmung des Rechtsstaatsprinzips dem GG nicht nur formale, sondern auch materielle Kriterien entnimmt.

2. Der Rechtsstaat in der Rangordnung der Rechtsquellen

a) Soweit rechtsstaatliche Grundsätze im GG ausdrücklich dargelegt sind, ist ihr verfassungsgesetzlicher Rang unzweifelhaft. Einen Teil davon wird man als politische Gestaltungsprinzipien des staatlichen Lebens, als "verfassungsgestaltende Grundentscheidungen"[2], herausheben können, insofern sie die Art und Form der staatlichen Existenz bestimmen. In diese Gruppe gehören Art. 20 II

1) Bachof, Begriff, S. 39.
2) H.J. Wolff, § 25 II

und III GG sowie Art. 28 I GG. Dazu gehört ferner aber auch der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit als ganzes, verstanden als Zusammenfassung aller einzelnen Ausprägungen rechtsstaatlicher Gedanken, gleichgültig, ob sie dem geschriebenen oder dem ungeschriebenen Recht angehören. In diesem Sinne hat auch die Rechtsprechung wiederholt ausgesprochen, daß die Rechtsstaatlichkeit zu den obersten Verfassungsgrundsätzen zählt[1]). Damit ist der Grundsatz des Rechtsstaats zugleich Maßstab für alle unterverfassungsmäßigen Rechtsnormen, und er wird als solcher von der Rechtsprechung auch ständig angewandt. Neben diesen verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen findet sich eine andere Gruppe von Rechtsstaatsgrundsätzen, die nicht in dem gleichen Maße wie die eben erwähnten aus den Verfassungsnormen herausragen. Hierzu zählen beispielsweise die Art. 101, 103 und 104 GG. Sie haben nur den Rang einfacher Verfassungsbestimmungen.

b) Außer den im GG enthaltenen sind eine Anzahl rechtsstaatlicher Grundsätze erst von der Rechtsprechung entwickelt worden, wie z.B. diejenigen der Normenklarheit sowie der Selbstverantwortlichkeit der Staatsorgane, oder sie haben erst in neuerer Zeit eine rechtsstaatliche Klassifizierung erfahren, wie die Rechtssicherheit und die Gerechtigkeit, das Schuldprinzip im Strafrecht und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In allen diesen Fällen ist fraglich, ob diese Grundsätze aus bestimmten Verfassungsvorschriften abgeleitet worden sind und damit als deren durch Auslegung gefundener Inhalt noch dem geschriebenen Verfassungsrecht angehören, oder ob sie als ungeschriebenes Verfassungsrecht zu gelten haben, weil sie nur aus der Gesamtschau des GG ermittelt werden können. Ferner kann zweifelhaft sein, ob alle rechtsstaatlichen Prinzipien Verfassungsrang haben oder ob sie teilweise auch der unterverfassungsmäßigen Ebene angehören.

---

1) Das BVerfG bezeichnet die Rechtsstaatlichkeit als "Leitidee" (BVerfGE 2, 380 (403); 7, 194 (196); 15, 341 (345)), "elementaren Verfassungsgrundsatz" und "Grundentscheidung des GG" (BverfGE 6, 32 (44)); ähnlich spricht das BVerwG sie als "leitendes Prinzip" an (BVerwGE 1, 159 (161)). Der BGH (Anhang S. 34 ff. zu BGHZ Bd. 11) nimmt für die Gewaltenteilung "zwar nicht schlechthin übergesetzlichen Rang" an, hält sie aber für höherrangiges Verfassungsrecht", da das GG sie jeder Änderung, auch durch den Verfassungsgesetzgeber selbst, entzogen habe. Entsprechendes muß auch für den in Art. 20 III GG enthaltenen und durch Art. 79 III GG geschützten Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gelten.

Keine dieser Fragen wird von der Rechtsprechung befriedigend beantwortet. Es ist vor allem nicht eindeutig entschieden, woraus sich die Rechtsstaatlichkeit ableitet. Man wird diesen Grundsatz weder ohne weiteres als geschriebenes, noch als ungeschriebenes Verfassungsrecht betrachten dürfen. Wie wenig hier eine scharfe Trennung zwischen geschriebenem und ungeschriebenem Recht möglich ist, zeigt sich schon darin, daß das BVerfG die Rechtsstaatlichkeit bald aus bestimmten Vorschriften, bald aus den Grundgedanken des GG abgeleitet hat. So wird in BVerfGE 1, 14 (45) gesagt, das GG bekenne sich in Art. 20 III und 28 I "ausdrücklich zu rechtsstaatlichen Grundsätzen", während BVerfGE 2, 380 (403) das Rechtsstaatsprinzip "aus einer Zusammenschau der Bestimmungen des Art. 20 III über die Bindung der Einzelgewalten und der Art. 1 III, 19 IV, 28 I 1 GG sowie der Gesamtkonzeption des GG" entwickelt. Diese unterschiedliche Auffassung ist auch sonst in der Rechtsprechung zu finden. Das OVG Münster[1] führt wörtlich aus: "Das GG hat in mehreren Bestimmungen (Art. 1 III, Art. 20 und 28 I 1) die Rechtsstaatlichkeit zu einem der Grundsätze erhoben, die mit der besonderen Verfassungsgarantie des Art. 79 III GG ausgestattet sind, wenn auch der Ausdruck "Rechtsstaat" in Art. 20 nicht erwähnt wird." Dagegen meint der VerfGH von Nordrhein-Westfalen[2], das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit beherrsche als "ungeschriebener Grundsatz" das Verfassungsrecht.

Aus all dem ist zu entnehmen, daß die Rechtsstaatlichkeit in Wahrheit beiden Arten des Verfassungsrechts zugehört und sich nicht in eine dieser Kategorien allein einordnen läßt. Bei den rechtsstaatlichen Einzelgrundsätzen ist diese Unterscheidung hingegen möglich. Was allerdings die oben erwähnten, neugefundenen Rechtsstaatsgrundsätze anbetrifft, so ist die Frage, ob sie dem geschriebenen oder ungeschriebenen Verfassungsrecht angehören, ebenfalls offen. Die Problematik ihrer Ableitung wird zumeist gar nicht erst angeschnitten. Ein typisches Beispiel dafür sind die Rechtssicherheit und die Gerechtigkeit, deren Verfassungsrang zwar ständig behauptet, aber nicht begründet wird[3]. Tatsächlich handelt es sich dabei um "Rechtsgrundsätze"[4], die aus dem Rechtsprinzip selbst, nicht schon aus der Verfassung, abzuleiten sind. Sie stellen nicht Bestandteile speziell des Rechtsstaats dar, sondern einer jeden Rechtsordnung.

Ungeklärt ist auch, ob alle rechtsstaatlichen Grundsätze Verfassungsrang haben,

---

1) OVGE 16, 98 (107).

2) OVGE 16, 315 (318).

3) BVerfGE 7, 194 (196); OVG Münster, VerwRspr. 13, 712.

4) So H.J. Wolff, § 25 Ia.

oder ob es unter ihnen noch solche niedrigeren Ranges gibt. Die Rechtsprechung ist - soweit ersichtlich - offenbar der ersteren Ansicht. So hat der BayVerfGH[1]) entschieden, daß die den Rechtsstaat kennzeichnenden allgemeinen Rechtssätze in Bayern geltendes Recht im Range des Verfassungsrechts seien. Eine ähnlich generelle Entscheidung für den Bereich des Bundesverfassungsrechts hat dem Verfasser nicht vorgelegen. Der Verfassungsrang auch der nicht im GG normierten Rechtsstaatsgrundsätze wird nur von Fall zu Fall hervorgehoben, so etwa für die Rechtssicherheit und die Gerechtigkeit[2]), oder ist indirekt der Aufhebung von Bundesgesetzen zu entnehmen, wie z.B. bei der Nichtigerklärung der Apothekenstoppgesetze wegen angeblichen Widerspruchs mit dem vom BVerfG geforderten Grundsatz der Normenklarheit[3]). Da das Rechtsstaatsprinzip aber ein der Konkretisierung bedürftiger Verfassungsgrundsatz ist[4]), muß man auch den jeweils ermittelten Spezialgeboten oder -verboten Verfassungsrang zuerkennen, vorausgesetzt, daß es sich tatsächlich um solche rechtsstaatlichen und nicht andersartigen Inhalts handelt.

---

1) VGHE, N.F. 3 II 109 (114).

2) BVerfGE 7, 87 (92).

3) BVerfGE 5, 25 (31); 8, 274 (302).

4) BVerfGE 7, 87 (92). Diese Ansicht teilt auch der VGH Freiburg, VerwRspr. 8, 684. Was die Rechtsstaatlichkeit bedeutet und erfordert, kann danach "immer nur im Einzelfall im Gesamtzusammenhang des Rechts an den Maßstäben von Leitgedanken der Rechtsordnung, von Rechtsgrundsätzen und nach der Zweckbestimmung von Normen festgestellt werden".

3. Teil

Die Bestandteile des Rechtsstaatsprinzips in der Rechtsprechung

I. DIE GEWALTENTEILUNG

1. Die Gewaltenteilung als Verfassungsgrundsatz des Rechtsstaats

a) Im modernen Staat sucht man eine Willkürherrschaft dadurch zu verhindern, daß die Ausübung der staatlichen Funktionen organisatorisch und personell voneinander getrennt und auf verschiedene politische Organgruppen verteilt wird. Indem den Organen, die mit den gesonderten Funktionen betraut sind, eine gewisse Selbständigkeit eingeräumt wird, sollen diese Funktionsträger zugleich in ein Verhältnis gegenseitiger Hemmung und Balancierung gebracht werden. Erst eine derartige Organisation des Staates ist geeignet, einer einheitlichen, zentral gelenkten Ausübung der Staatsgewalt mit all ihren Möglichkeiten eines Mißbrauchs vorzubeugen[1]. Von der so gewonnenen Basis einer Trennung der Funktionen aus ist es möglich, die weiteren Einrichtungen zu schaffen, die geeignet sind, Menschenwürde und Freiheit des Staatsbürgers vor der willkürlichen Allmacht eines einzelnen wirksam zu schützen. Damit ist dieses als Gewaltenteilung[2] bezeichnete staatliche Organisationsprinzip die Grundlage für eine rechtsstaatliche Ordnung der Staatsgewalt. Wegen dieser Schutztendenz, die auch der Idee des Rechtsstaats zugrunde liegt, ist die Gewaltenteilung zugleich ein Bestandteil des Rechtsstaats selbst[3].

---

1) Vgl. dazu BVerfGE 3, 225 (247). Die Bedeutung der Gewaltenteilung liegt danach "in der politischen Machtverteilung, dem Ineinandergreifen der drei Gewalten und der daraus resultierenden Mäßigung der Staatsherrschaft". Ähnlich von Hippel, Allg. Staatslehre, 1963, S.220; Nawiasky, 4. Teil, S.62; Küchenhoff, S.138; Küster, AöR 75, 401.

2) In Wahrheit handelt es sich um eine "Gewaltengliederung", da nicht mehrere Staatsgewalten geteilt, sondern die einheitliche Staatsgewalt bezüglich ihrer Ausübung gegliedert wird, H.J. Wolff, § 16 Ia.

3) Hamann, Einf. I D I 6; Maunz-Dürig, Rnr. 74 zu Art. 20.

b) Das GG geht von einer Dreiteilung[1] der Staatsgewalt in Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung aus. Ihren allgemeinen und umfassenden Niederschlag hat die Gewaltenteilung in Art. 20 II 2 gefunden; sie ist ferner mitgegründet in Art. 1 III als Grundrechtsbindung der drei Gewalten, in Art. 19 I 1 mit seinem Verbot von gesetzesförmigen, grundrechtsbeschränkenden Individualakten, in Art. 20 III mit der Bindung der Gewalten an Gesetz und Recht, in Art. 80 für das besondere Verhältnis von Legislative und Exekutive, Art. 92 und Art. 97 für den Bereich der rechtsprechenden Gewalt, sowie in den zum Verfassungstext gehörenden Überschriften der Abschnitte VII bis IX des GG. Der Gewaltenteilungsgrundsatz gilt nicht nur im Bund, sondern - über Art. 28 I GG - auch in den Ländern. Hingegen gilt er nicht in den Gemeinden. Dies einmal deshalb nicht, weil die verfassungsmäßige Ordnung in Bund und Ländern nicht dieselbe wie in den Gemeinden ist und daher Art. 28 für diese nicht gilt. Zum anderen kann der Grundsatz der Gewaltenteilung - worauf das OVG Münster[2] und auch das BVerwG[3] zu Recht hinweisen - den Zweck, den er im staatlichen Verfassungsrecht erfüllen soll, im Gemeindeverfassungsrecht teils überhaupt nicht, teils nur unvollkommen erfüllen, weil die von der Bevölkerung gewählten kommunalen Vertretungen nicht Organe der gesetzgebenden Gewalt, sondern Organe der Selbstverwaltung sind, denen sowohl der Erlaß von Rechtsnormen (Satzungen), als auch die Verwaltung zusteht.

c) Entsprechend ihrer Eigenschaft als Grundlage des Rechtsstaats ergeben sich aus der Gewaltenteilung zwar nicht alle, aber doch einige rechtsstaatliche Grundsätze, je nachdem, welche Funktionen der einheitlichen Staatsgewalt geschieden werden. Insofern können viele Elemente des Rechtsstaats als Verdeutlichungen der Gewaltenteilung angesehen werden[4], die, wie auch das Wort Rechtsstaat selbst, zunächst nur "Leerformel, Begriffshülse"[5] ist und ihren Sinn erst aus dem inneren Zusammenhang der Verfassungsordnung und der gesamten Rechtsordnung erhält. So bezieht sich z.B. der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung auf das Verhältnis der vollziehenden zur gesetzgebenden Gewalt, die Unabhängigkeit der Gerichte und der daraus abgeleiteten Forderungen sowie der Grundsatz des gesetzlichen Richters auf das Verhältnis der Verwaltung zur Rechtsprechung. Nur soviel kann hier zu den vielfältigen

---

1) Vgl. zum Streit über die Berechtigung des Dreiteilungsschemas Maunz-Dürig, Rnr.77 zu Art. 20 und die dort angegebene Literatur.
2) OVGE 9, 89.
3) BVerwGE 3, 129.
4) Vgl. zu den Ausstrahlungen der Gewaltenteilung Merk, S.32 f.
5) Die Ausdrücke stammen von Jesch, S.66.

Ausformungen der Gewaltenteilung angedeutet werden. Im einzelnen wird darauf noch bei der Besprechung der verschiedenen anderen rechtsstaatlichen Grundsätze zurückzukommen sein.

Die Gewaltenteilung zählt zu den obersten Grundsätzen des Verfassungsrechts. Nach BGHSt 9, 286 ist sie eines der Grundprinzipien, die das Wesen der verfassungsmäßigen Ordnung (i.S. des § 90 a StGB) ausmachen, und BGHZ 2, 1 rechnet sie zu den Grundlagen der im GG festgelegten freiheitlichen demokratischen Grundordnung. Dagegen ist sie weder ein Grundrecht, noch ein subjektives öffentliches Recht; darauf hat der BayVerfGH[1]) nachdrücklich hingewiesen. In Rechtsprechung und Literatur besteht Einigkeit darüber, daß die Gewaltenteilung kein starres System der Funktionentrennung meint, sondern daß Überschneidungen zwischen allen drei Gewalten in gewissem Umfang möglich sind[2]). So ist es zulässig, daß Randgebiete jeder der Gewalten auch Organen der anderen Gewalt als Nebenaufgabe anvertraut werden. Wesentlich ist nur, daß jedem der drei Funktionsträger sein Kerngebiet erhalten bleibt, damit das Gleichgewicht zwischen ihnen nicht gestört und eine monolytische Zusammenballung der staatlichen Macht verhindert wird. Wo dabei die Grenze zur Verfassungsverletzung verläuft, ist häufig nicht leicht und jedenfalls nur von Fall zu Fall zu beantworten. An Hand der Rechtsprechung soll die Grenzziehung im einzelnen untersucht werden.

2. Die Trennung von Gesetzgebung und Rechtsprechung

Die Entscheidungen, die sich mit der Berührung des Kompetenzbereichs der Gesetzgebung durch die Rechtsprechung befassen, lassen sich in drei Gruppen gliedern. Davon hat die erste Gruppe die Auslegung von Gesetzen, die zweite die Rechtsfortbildung und die dritte die Kontrolle der Gültigkeit von Gesetzen zum Gegenstand.

a) Mit einem Fall, in dem ein Besoldungsgesetz gegen Art. 3 I GG verstieß, weil es bestimmte Beamtengruppen nicht berücksichtigte, hatte sich BVerfGE 8, 28 (34, 36) zu beschäftigen. Das Untergericht wollte im Wege ergänzender

---

1) VGHE N.F. 3 II 95 (103).

2) BVerfGE 3, 225 (247); 4, 387 (399 ff.); 7, 183 (188); 9, 268 (279); BVerwGE 5, 69; 7, 295; BFH 70, 28; BayVerfGH, VGHE N.F. 7 II 113; 12 II 119 (125); Scheuner, DÖV 1957, 635 ff.; Peter Schneider, AöR 82, 2; Nawiasky, 4. Teil, S. 63.

Vertragsauslegung dem Kläger die Besoldung nach diesem Gesetz zusprechen; das BVerfG erklärte eine derartige Auslegung für fehlerhaft. Es führte dazu aus, der Richter dürfe einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz nicht durch verfassungskonforme Auslegung einen entgegengesetzten Sinn geben und dadurch das gesetzgeberische Ziel in einem wesentlichen Punkte verfehlen oder verfälschen. Auch das BVerfG könne grundsätzlich die Gleichheit nicht dadurch wiederherstellen, daß es selbst an Stelle des Gesetzgebers einen neuen Wortlaut festlege, der auch die nicht berücksichtigten Personengruppen mit erfasse. In diesem Sinne spricht sich auch BVerfGE 8, 71 (76) aus. Die Gefahren einer solchen Auslegung für die Gewaltenteilung sind deutlich aufgezeigt. Es ist allein Sache des Gesetzgebers, darüber zu befinden, welche Personengruppen er berücksichtigen will. Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit können nur dazu führen, daß die betreffende Rechtsnorm durch das BVerfG für nichtig erklärt wird. Eine solche gesetzliche Regelung kann aber nicht dadurch verfassungsmäßig "gemacht" werden, daß ein Gericht von sich aus die nicht einbezogene Personengruppe mit in den Kreis der nach dem betreffenden Gesetz Berechtigten hineinnimmt. Das muß jedenfalls dann gelten, wenn der Wille des Gesetzgebers, einen bestimmten Personenkreis auszuschließen, einwandfrei erkennbar ist. Es ist durchaus denkbar, daß der Gesetzgeber, wenn ihm die Verfassungswidrigkeit der Rechtsnorm von Anfang an bewußt gewesen wäre, eine andersartige Regelung getroffen oder von einer solchen ganz abgesehen hätte. Diese Entscheidung kommt jedoch ihm allein zu und darf keinesfalls von einem Gericht usurpiert werden.

b) Ähnliche Gesichtspunkte gelten für die Rechtsfortbildung, wie überhaupt die Übergänge von der reinen Auslegung zu dieser fließend sind. Als unzulässigen Eingriff in die Befugnisse des Gesetzgebers bezeichnet BVerfGE 4, 219 (233) es, wenn die Gerichte die Regelung der Enteignungsentschädigung, die Art. 14 III 2 GG eindeutig dem Gesetzgeber überträgt, selbst übernähmen und aus der Rechtswegnorm des Art. 14 III 4 die Befugnis herleiteten, dort, wo sie eine Enteignung annähmen, eine Entschädigung von sich aus festzusetzen und dadurch die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes gleichsam durch Interpolation zu "heilen". In der Tat kann hier nicht mehr von einer Gesetzesergänzung oder Rechtsfortbildung im Sinne eines Zu-Ende-führens des in der Rechtsnorm enthaltenen Gedankens gesprochen werden. Entscheidend ist stets, daß weder der erkennbar geäußerte, noch der mutmaßliche Wille des Gesetzgebers mißachtet wird. Lücken, die z.B. bei der Auslegung eines Steuergesetzes hervortreten, haben die Steuergerichte nach BFH 73, 213 (in Anlehnung an BFH 58, 752) daher so auszufüllen, wie der Gesetzgeber sie nach dem Sinnzusammenhang des Gesetzes und nach seinem sonst hervorgetretenen Willen wahrschein-

lich geregelt hätte, wenn sie in seinen Gesichtskreis getreten wären.

Das Problem des Richterrechts wurde besonders akut im Zusammenhang mit Art. 3 II GG. Gemäß Art. 117 I GG blieb das dem Art. 3 II entgegenstehende Recht bis spätestens 31. März 1953 in Kraft. Um der neuen Verfassungslage gerecht zu werden, hätte der Gesetzgeber bis zu diesem Zeitpunkt die durch den Wegfall des alten Rechts erforderlich werdenden gesetzlichen Bestimmungen schaffen müssen. Diesem Verfassungsauftrag war der Gesetzgeber jedoch nicht rechtzeitig nachgekommen, so daß das Gleichberechtigungsgesetz erst am 1. Juli 1958 in Kraft trat. Die Rechtsprechung befand sich mithin in der schwierigen Lage, in der Zeit zwischen 31. März 1953 und 1. Juli 1958 zahllose Rechtsstreitigkeiten dem Art. 3 II GG gemäß entscheiden zu müssen. Die dadurch notwendige Rechtsfortbildung erklärte der BGH[1]) mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung dann für vereinbar, "wenn der Richter durch die Entfaltung allgemeiner, ihm durch den Gesetzgeber, die Rechtsordnung oder die allgemeine Wertordnung vorgegebener und vollziehbarer Rechtssätze Recht findet". Daraus ergibt sich, daß auch dort, wo die spezielle gesetzliche Regelung keinen Hinweis auf den mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers gibt oder eine Normierung des betreffenden Lebensbereiches gänzlich fehlt, Richterrecht zulässig sein soll, sofern sich nur Anhaltspunkte aus der übrigen Rechtsordnung oder der allgemeinen Wertordnung erkennen lassen. Die hier geforderte rechtliche Grundlage ist aber so allgemein und unbestimmt, daß selbst ein mutmaßlicher Wille des Gesetzgebers kaum festzustellen sein wird. Unklar ist auch, welche "Wertordnung" als Anknüpfungspunkt gemeint ist. Es muß daher bezweifelt werden, ob eine solche Rechtsfindung noch mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung zu vereinbaren ist, vor allem dann, wenn die richterliche Rechtsfindung auf Jahre hinaus die gesetzgeberische Tätigkeit ersetzen muß. Mit einer solchen Aufgabe sind die Gerichte überfordert; nicht zuletzt wird auch das Vertrauen des Bürgers in die Rechtssicherheit erschüttert, denn wer garantiert ihm eine gleichartige Rechtsfortbildung verschiedener Gerichte in derselben Frage?

Innerhalb der von der Rechtsprechung angegebenen Grenzen sind die Gerichte andererseits zur Fortbildung des Rechts nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet. Diese Pflicht wird in BSG 2, 164 (168) ausgesprochen und dem Art. 20 III GG entnommen; nach dieser Vorschrift sei die Rechtsprechung an Gesetz und

---

1) BGHZ Anhang zu Bd. 11 S. 34 ff. Vgl. dazu auch BGHZ 3, 89 und 3, 315, wo der BGH den Standpunkt vertritt, der Richter sei nicht an das Gesetz als eine "nicht mehr fortbildungsfähige Norm" gebunden.

Recht gebunden und müsse deshalb wesentlichen rechtlichen und tatsächlichen Veränderungen Rechnung tragen. Auch BSG 6, 204(211) erklärt neben der Auslegung des anzuwendenden Rechts die ergänzende und - in bestimmten Grenzen - die berichtigende (abändernde) Rechtsfindung zur legitimen Aufgabe des Richters, die die Gewaltenteilung nicht verletzt.

c) Jede Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes durch ein Gericht widerspricht einer strengen Gewaltenteilung. Vor allem das BVerfG hat daher in einigen Entscheidungen - unter ausdrücklichem Hinweis auf die Gewaltenteilung - gewisse Schranken seines ihm durch das GG in den Art. 93 und 100 I eingeräumten Prüfungsrechts aufgezeigt. Es hat zunächst in BVerfGE 2, 124 (129) erklärt, die Entscheidung über die Unvereinbarkeit vorkonstitutionellen Rechts mit dem GG lasse die Autorität der gesetzgebenden Gewalt unberührt. Dadurch werde lediglich objektiv festgestellt, daß der spätere gesetzgeberische Wille dem abweichenden früheren gesetzgeberischen Willen vorgehe[1]). Dem ist zuzustimmen. Aus diesem Grunde bezieht sich das Verwerfungsmonopol des BVerfG nach Art. 100 GG nur auf Gesetze, die nach dem Inkrafttreten des GG ergangen sind. Aber auch im Rahmen dieser Rechtssatzkontrolle hat das BVerfG nur die Rechtmäßigkeit, nicht aber die Zweckmäßigkeit einer Rechtsnorm nachzuprüfen[2]). Die Gefahr einer Kompetenzüberschreitung lag vor allem bei dem stark strapazierten Art. 3 I GG nahe. Erfreulicherweise sind ihr die Gerichte nicht erlegen. Den möglichen Konflikt zwischen der Aufgabe, nach Art. 1 III GG darüber zu wachen, daß die Gesetzgebung die verfassungsmäßigen Grundrechte des Bürgers nicht verletzt, und dem Verbot, andere Verfassungsgrundsätze, insbesondere den Grundsatz der Gewaltenteilung zu verletzen, haben die Gerichte dahingehend gelöst, daß ein Gesetz wegen Verletzung des Art. 3 I GG nur für nichtig erklärt werden kann, wenn der Gesetzgeber offen-

---

1) Vgl. ferner BVerfGE 3, 48; 4, 331.

2) BVerfGE 3, 162 (182) betont nachdrücklich, daß Art. 3 II GG dem BVerfG keine Möglichkeit biete, ein Gesetz unter dem Gesichtspunkt allgemeiner Gerechtigkeit nachzuprüfen und damit seine Auffassung von Gerechtigkeit derjenigen des Gesetzgebers zu substituieren. Solange nur die vom Gesetzgeber im Rahmen seines weiten Ermessensspielraums gewählte Lösung mit dem Gleichheitssatz noch vereinbar sei, komme es nicht darauf an, ob eine andere gerechter, vernünftiger gewesen wäre oder dem Gleichheitssatz noch besser entsprochen hätte. Auch nach BFH 66, 510 (514) verstößt die Ersetzung der gesetzgeberischen Vorstellungen von Gerechtigkeit, Gleichheit und Zweckmäßigkeit durch die des Gerichts dem Grundsatz der Gewaltenteilung.

sichtlich die äußersten Grenzen seines Ermessens verletzt und eindeutig willkürlich vorgegangen ist[1]). Die Frage, ob die Verfassung dem Gesetzgeber zur Gestaltung einer Rechtsnorm Ermessensfreiheit eingeräumt hat und wie weit diese im einzelnen reicht, ist daher eine vom BVerfG nachzuprüfende Rechtsfrage. Aber auch eine auf Art. 3 GG gestützte Entscheidung des BVerfG muß die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers nach Möglichkeit respektieren. So darf das BVerfG der Entschließung des Gesetzgebers nicht dadurch vorgreifen, daß es eine Rechtsnorm, die unter Verletzung des Gleichheitssatzes bestimmte Personengruppen begünstigt, nur zum Teil für nichtig erklärt und so die Geltung des Gesetzes auf alle nach Art. 3 zu berücksichtigenden Gruppen erstreckt. Zu einer solchen Entscheidung ist das Gericht nur dann berechtigt, wenn mit Sicherheit anzunehmen ist, daß auch der Gesetzgeber die verbleibende Fassung gewählt und so den Kreis der Begünstigten erweitert haben würde[2]). Nicht zulässig ist eine "vorbeugende Feststellung" der Unvereinbarkeit noch nicht bestehenden Rechts mit dem GG, denn damit würde die Stellung des Gerichts gegenüber der gesetzgebenden Gewalt bedenklich überbetont[3]).

3. Die Trennung von Rechtsprechung und Verwaltung

Auch im Verhältnis der rechtsprechenden zur vollziehenden Gewalt können sich Überschneidungen ergeben. Entscheidend ist nach BVerwGE 7, 294 auch hier,

---

1) BVerfGE 1, 14 (52); 3, 58 (135); 4, 219 (243); 4, 352 (357 f.); 9, 20 (28); 9, 201 (206); 9, 334 (337).

2) BVerfGE 8, 28 (34 ff.); 14, 208 (311 f.); 15, 125 f. Mit der Nichtberücksichtigung bestimmter Personengruppen ist das Problem des Unterlassens des Gesetzgebers verknüpft und die Frage, ob dagegen die Verfassungsbeschwerde gegeben ist. BVerfGE 1, 97 (100 f.) hält die Vb. für unbegründet, da die gerichtliche Feststellung, daß ein Unterlassen des Gesetzgebers verfassungswidrig sei, die staatlichen Zuständigkeiten verschieben und die gesetzgebende Gewalt schwächen würde. A.A. BVerfGE 6, 246 (264 f.). Danach kann die Vb. jedoch gemäß § 95 I 1 BVerfGG nur zu der Feststellung führen, daß das Grundrecht des Art. 3 verletzt ist. Vgl. zu diesem Problemkreis R. Schneider, AöR 89, 24 (44 ff.).

3) So BVerfGE 1, 396 (409). Das BVerfG weist mit Recht darauf hin, daß eine solche Feststellung auch dem Wesen der Normenkontrolle als einer Überprüfung bestehenden Rechts widersprechen würde.

"daß die Gewaltenteilung nicht eine ausnahmslose und schematisierte Abgrenzung der einzelnen Gewalten bedeutet".

a) Es besteht einmal die Möglichkeit, daß die Rechtsprechung den ihr zukommenden Bereich überschreitet und Aufgaben der Verwaltung wahrnimmt. Entsprechend dem vorerwähnten Grundsatz ist nicht jede Kompetenzausweitung der Rechtsprechung gewaltenteilungswidrig; das muß vor allem dort gelten, wo Art. 19 IV GG den umfassenden Rechtsschutz gebietet. Aus diesem Grunde weist BVerwGE 5, 153 (162 f.)[1] die Ansicht der Schulbehörde zurück, es verletze den Gewaltenteilungsgrundsatz, wenn das Gericht pädagogische Urteile über die Eignung eines Kindes für eine bestimmte Schulart überprüfe und u.U. sein Urteil an die Stelle desjenigen der Behörde setze. Zutreffend bemerkt das Gericht, das Verfassungsrecht könne umgekehrt eher dadurch verletzt werden, daß die Gerichte sich an die Beurteilung der Verwaltungsbehörden rechtlich gebunden fühlten. Allerdings erkennt das Gericht einen gerichtsfreien, unüberprüfbaren Beurteilungsspielraum der Behörde "unter bestimmten, eng begrenzten Voraussetzungen" an. Auch dem ist vom rechtsstaatlichen Standpunkt aus zuzustimmen. Selbst wenn man das problematische Werturteil der Verwaltungsbehörde durch ein - wegen der fehlenden Sachnähe oft noch problematischeres - Urteil des Gerichts ersetzen wollte, wäre damit die Rechtssphäre des Bürgers nicht weniger betroffen.

Längere Zeit bestand Streit darüber, ob die Gutachtertätigkeit des BFH nach § 63 AO mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung vereinbar sei. Nach dieser Vorschrift konnte der BFH sich zu Fragen der Auslegung steuerrechtlicher Bestimmungen gutachtlich äußern. Nachdem der BFH diese Tätigkeit als Gerichtsverwaltungsaufgabe[2] angesehen und wegen der Unabhängigkeit der Gutachter einerseits und der mangelnden Bindung der Finanzbehörden an diese Gutachten andererseits als neutralen Akt[3] bezeichnet hatte, ist § 63 AO in jüngster Zeit aufgehoben worden[4]. Damit hat sich diejenige Ansicht durchgesetzt, die in diesen Gutachten eine Vorwegnahme richterlicher Tätigkeit und eine Einmischung in das Gebiet der Verwaltung gesehen hat[5]. Eindeutiger ist

---

1) JZ 1958, 285 (287 f.) mit Anm. von Bachof.

2) BFH 58, 556.

3) BGH 63, 409 (411 f.).

4) Durch Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Finanzverwaltung, der AO und anderer Steuergesetze v. 23.4.1963 (BGBl. I S. 197) wurde § 63 AO mit Wirkung v. 1.1.1964 ersatzlos gestrichen.

5) Vgl. dazu Wacke, AöR 83, 309 ff., insbesondere 326, 328 ff.

ein Fall, den das OVG Münster[1] zu entscheiden hatte. Ein Kläger beantragte, die Unzulässigkeit einer beabsichtigten polizeilichen Wiedereinweisung eines zur Räumung verurteilten Beklagten in die Wohnung festzustellen. Das Gericht erklärte zu Recht eine Klage auf Unterlassung oder eine dahingehende Feststellungsklage wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung für unzulässig. Das muß jedenfalls für den Fall gelten, daß der künftige Verwaltungsakt rechtlich zulässig ist. Für drohende rechtswidrige Maßnahmen einer Verwaltungsbehörde wäre hingegen die ablehnende Haltung des OVG mit der Gewaltenteilung nicht zu begründen.
Der Grundsatz der Gewaltenteilung kann auch ergeben, daß eine gesetzliche Bestimmung, die eine Durchbrechung dieses Prinzips bewußt in Kauf nimmt, eng auszulegen ist. Gemäß § 32 I BVerfGG kann das BVerfG im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies unter näher bestimmten Umständen erforderlich ist. Wegen des durch solche Anordnungen bedingten Eingriffs des Gerichts in die Funktionen von Legislative und Exekutive ist nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG[2] von der Befugnis des § 32 BVerfGG nur mit größter Zurückhaltung Gebrauch zu machen.

b) Aber nicht nur die Rechtsprechung hat den Bereich der Verwaltung, sondern auch umgekehrt die Verwaltung den Bereich der rechtsprechenden Gewalt zu achten. Daher verstößt es nach BSG 11, 231 (233) gegen die Trennung von Justiz und Verwaltung, wenn die Verwaltungsbehörde eine durch Urteil zugesprochene Rente entzieht, ohne daß die dem Urteil zugrunde liegenden Verhältnisse sich geändert haben.
In BVerfGE 7, 183 (187) nimmt das BVerfG zu der Frage Stellung, ob ein Amtshilfeersuchen eines Versorgungsamts um eidliche Vernehmung eines Zeugen durch das Sozialgericht gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz verstoße. Da von Seiten des ersuchten Gerichts kein Eingriff, sondern ein Akt der Hilfeleistung auf Ersuchen vorliegt und das Gericht durch ein Amtshilfeersuchen nicht in seiner Entscheidungstätigkeit beeinträchtigt wird, greift nach Ansicht des BVerfG, der zuzustimmen ist, weder die Rechtsprechung unzulässigerweise in den Bereich der Verwaltung, noch die Verwaltung in den Bereich der Rechtsprechung ein. Es läßt sich hinzufügen, daß ein Eingriff in die Rechtsprechung schon deswegen nicht in Betracht kommt, weil es sich bei der Vereidigung im Wege der Amtshilfe um eine Gerichtsverwaltungstätigkeit handelt, der Gewaltenteilungsgrundsatz aber den Schutz der eigentlichen Rechtsprechungs-

1) NJW 1957, 1251.
2) BVerfGE 3, 267 (285); 6, 1 (3); 7, 175 (179); 11, 89 (104).

tätigkeit bezweckt. Auch der VerfGH von Nordrhein-Westfalen[1] hat sich der Auffassung des BVerfG in einem ähnlich gelagerten Fall, in dem es um die Abnahme des Offenbarungseides durch das Amtsgericht auf Ersuchen einer Allgemeinen Ortskrankenkasse ging, angeschlossen.

Der allgemeine Gewaltenteilungsgrundsatz des Art. 20 II 2 GG ist in Art. 92 dahin konkretisiert, daß "die Rechtsprechung den Richtern anvertraut" ist. Diese ausdrückliche Zuweisung von Rechtsprechungsaufgaben an den Richter hat zu Zweifeln Anlaß gegeben, ob mit Art. 92 GG die Strafbefugnisse der Finanzämter nach § 421 ff., insbesondere §§ 445, 447, 458 AO, vereinbar sind. Die herrschende Meinung im Schrifttum bejaht diese Frage[2]. Nach dieser Ansicht handelt es sich bei dem Erlaß von Strafbescheiden durch die Finanzämter nur um ein Vorverfahren, gegen das wegen Art. 19 IV GG jederzeit die Entscheidung des ordentlichen Strafrichters sowohl hinsichtlich der Strafbescheide des Finanzamtes, als auch hinsichtlich der Beschwerdeentscheidungen der Oberfinanzdirektion, herbeigeführt werden kann. Diese Auffassung wird auch in der Rechtsprechung des BFH[3] und des BGH[4] geteilt. Art. 92 GG wird demnach nicht so

---

1) OVGE 16, 315 (318). In der Begründung führt das Gericht aus: "Der Grundsatz der Gewaltenteilung besagt, daß die an sich einheitliche Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt wird. Dieser Grundsatz besagt aber nicht, daß nicht das eine Organ auch mit Aufgaben betraut werden kann, die normalerweise einem anderen Organ zugewiesen sind."

2) Friesenhahn, Festschrift für Thoma, 31, 45; Hartung, NJW 1958, 809; Goßrau, NJW 1958, 929; Haver, NJW 1957, 88; Mattern, ZStrW 67, 363, 402 ff. A.A. Haas, Redding, JZ 1953, 545; Lotze, NJW 1956, 1540; Arndt, NJW 1957, 249 und 1959, 605.

3) Urteil des Großen Senats v. 10.2.1958, BFH 66, 517 = NJW 1958, 846. Abweichend davon hatte der II. Senat des BFH in seinem Urteil v. 7.4.1954, BFH 58, 664 = NJW 1954, 1422 entschieden, daß gegen die Beschwerdeentscheidungen der OFD der Rechtsweg zu den Steuergerichten gegeben sei. Gegen diese Lösung wandte Hartung, NJW 1955, 1129 zu Recht ein, daß sie zu einer "doppelgleisigen Strafrechtspflege" führe, indem über Steuerdelikte entweder von den Strafgerichten oder von den Finanzgerichten entschieden werde, je nach dem, ob der Betroffene gegen den Strafbescheid des Finanzamts gerichtliche Entscheidung beantrage oder ob er Beschwerde einlege und erst gegen den Beschwerdebescheid der OFD den Rechtsweg zum Finanzgericht beschreite. Zwar hält auch Hartung die Strafentscheidungen der Finanzbehörden für Akte der Exekutive, meint aber, die AO begründe keine Zuständigkeit der Finanzgerichte zur Entscheidung in Steuerstraf-

verstanden, daß überhaupt keine Entscheidung von rechtlich bestrittenen Fragen mehr den Verwaltungsbehörden übertragen oder belassen werden darf. Verlangt wird vielmehr nur, daß die endgültige, am Ende des Verfahrens stehende Entscheidung in den Händen von Richtern liegen muß[1]). Man wird dieser Meinung - zumindest soweit es sich um die Gewaltenteilung nach Art. 92 handelt - für das geltende Recht zustimmen können. Darüber hinaus sind aber für das Steuerstrafverfahren bessere Garantien der Rechtsstaatlichkeit zu verlangen, als sie bisher bestehen[2]). De lege ferenda ist jedoch die ausschließliche Zuständigkeit des ordentlichen Strafrichters auch für Steuervergehen zu fordern.

II. DIE GESETZMÄSSIGKEIT DER VERWALTUNG

1. Bedeutung und Geltungsbereich des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes

a) Unter dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung versteht man üblicherweise, daß Eingriffe der Verwaltung in Freiheit und Eigentum der Bürger der gesetzlichen Ermächtigung bedürfen (sog. Vorbehalt des Gesetzes) und jedes Gesetz nur durch ein neues förmliches Gesetz, nicht aber durch Akte der Verwaltungsbehörden abgeändert, aufgehoben oder durchbrochen werden kann (sog. Vorrang des Gesetzes)[3]). Dieser Grundsatz gehört seit jeher zu den wichtigsten Bestandteilen des Rechtsstaats und wird auch in der Rechtsprechung besonders hervorgehoben[4]), ohne daß seine positivrechtliche Gültigkeit näher begründet

---

sachen, so daß auch nach Art. 19 IV 2 GG der ordentliche Rechtsweg gegeben sei, zumal die Strafjustiz durch § 13 GVG allein den Strafgerichten übertragen sei. Diesen Einwänden trägt das Urteil des Großen Senats des BFH Rechnung.

4) BGHSt. 13, 102 (106 ff.).

1) Immerhin ist zu beachten, daß in bezug auf Strafverfügungen § 413 StPO die Verhängung durch Polizeibehörden schlechthin ausgeschlossen hat.

2) Sehr bedenklich stimmen die Ausführungen von Niese, ZStrW 70, 337 ff. zum geltenden Recht.

3) H.J. Wolff, § 9 I b 1. Beide Begriffe stammen von Otto Mayer, S. 72 und S. 74.

4) Z.B. Württ.-Bad.VGH, VerwRspr. 10, 553: "ein elementares Prinzip des Rechtsstaats", ähnlich BayVerfGH, VGHE N.F. 13 II 14; 10 II 101; OVG Hamburg, VerwRspr. 6, 439. Für die Literatur der Gegenwart vgl. z.B.

wird. Nur der Vorrang des Gesetzes ist in Art. 20 III GG enthalten. Der Vorbehalt ergibt sich jedoch aus den Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt[1]), so daß man ihn als in Art. 20 III GG stillschweigend mitenthalten ansehen kann[2]). Der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz steht in enger Beziehung zu anderen rechtsstaatlichen Prinzipien. In BVerwGE 2, 119 und 4, 320 wird daher zu Recht der Zusammenhang zwischen Gewaltenteilungsprinzip, Rechtsstaatlichkeit, Gesetzmäßigkeitsgrundsatz und Grundrechten hervorgehoben. Hinzuzufügen ist, daß auch eine "direkte Linie" zu dem rechtsstaatlichen Grundsatz der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfbarkeit von Verwaltungsakten führt. Diese soll garantieren, daß die der Verwaltung gezogenen gesetzlichen Schranken auch beachtet werden. Die Gerichtskontrolle verhilft somit dem Gesetzmäßigkeitsgrundsatz erst zur vollen Durchsetzung in der Rechtswirklichkeit.

b) Die herrschende deutsche Rechts- und Staatstheorie beschränkt im Sinne der traditionellen Doktrin auch heute noch grundsätzlich den Vorbehalt des Gesetzes auf belastende Verwaltungsakte und erkennt im übrigen eine freie Verwaltungstätigkeit innerhalb der gesetzlichen Schranken an[3]). Eine neuere, im Vordringen begriffene Auffassung[4]), die auch begünstigende Verwaltungsakte unter das Vorbehaltsprinzip stellen will, hat sich bisher in der Rechtsprechung trotz gelegentlich geäußerter Zweifel an der überkommenen Lehre[5]) nicht durchsetzen können. So hat z.B. das BVerwG[6]) ausgeführt, daß Subventionsmaßnahmen einer gesetzlichen Grundlage nicht bedürften, sondern daß neben formalgesetzlichen Ermächtigungen auch "jede andere parlamentarische Willensäußerung, insbesondere etwa die etatmäßige Bereitstellung der zur Subventionierung erforderlichen Mittel als eine hinreichende Legitimation verwaltungsmäßigen Handelns" angesehen werden könne. Ähnlich hält BVerfGE 8, 156 (167) eine Ausdehnung des Vorbehalts auf neue Gebiete für möglich, schließt davon

---

Herbert Krüger, S.785; Maunz, Staatsrecht, 13. Aufl. 1964, S.63; Forsthoff, Lehrbuch, S.31; H.J. Wolff, § 11 II b 1; Hamann, Einf. I D 1; Maunz-Dürig, Rnr. 124 zu Art. 20 mit weiteren Nachweisen.

1) Jesch, S. 135.

2) Maunz-Dürig, Rnr. 128 zu Art. 20.

3) OVG Lüneburg, DVBl. 1956, 24 ff.; OVG Berlin, DÖV 1957, 754; Württ.-Bad. VGH, VerwRspr. 5, 553; Haueisen, NJW 1954, 1427; Ule, DVBl. 1955, 772 f.; Herbert Krüger, DÖV 1956, 554.

4) Vgl. dazu die Nachweise bei Maunz-Dürig, Rnr. 135 zu Art. 20.

5) BVerfGE 8, 156 (167).

6) BVerwGE 6, 287; DÖV 1959, 706 ff.

aber jedenfalls "die Zuständigkeiten und das Verfahren der leistungsgewährenden Verwaltung" aus. Ebenso verneint der HessVGH[1] das Bestehen eines "totalen" Gesetzesvorbehalts auch im Bereich der Leistungsverwaltung. Nach der Meinung des VGH würde ein solcher Totalvorbehalt der Legislative ein Übergewicht über die Exekutive geben und damit gegen die Gewaltenteilung verstoßen. Der Exekutive sei daher ein Raum freier Staatstätigkeit einzuräumen.

Es ist nunmehr zu untersuchen, wo und in welcher Weise der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz in der Rechtsprechung herangezogen wird.

2. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte

Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes sind als verschiedene Seiten des Gesetzmäßigkeitsprinzips scharf zu unterscheiden. Wo dies nicht geschieht, wie insbesondere bei der Diskussion über die Zulässigkeit der Rücknahme ursprünglich rechtswidriger Verwaltungsakte, kann es zu Mißverständnissen und Fehlschlüssen kommen. Dabei geht es um folgendes: Bis vor kurzem war von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung anerkannt, daß derartige Verwaltungsakte zurückgenommen werden dürfen[2]. Mit dieser Tradition brach erstmalig das OVG Berlin in seinem Urteil vom 14. November 1956[3] und machte die Rücknahme von einer Interessenabwägung abhängig. Es handelte sich um die Witwe eines Beamten, der Witwengeld nach § 49 des Gesetzes zu Art. 131 GG zugebilligt worden war und die im Vertrauen hierauf aus der Ostzone nach Westberlin übersiedelt war. Später wurde die ursprüngliche Rechtswidrigkeit des Versorgungsbescheids erkannt. Das OVG Berlin lehnte nicht nur eine Rücknahme ex tunc ab, sondern auch eine Rücknahme ex nunc; die Behörden waren somit verpflichtet, das Witwengeld weiter zu gewähren. Dieser Entscheidung folgten - mit Abweichungen, die hier nicht weiter interessieren - das BVerwG[4] und

---

1) DÖV 1963, 880.

2) So zuletzt noch BVerwG, DVBl. 1957, 497 und BGHZ 24, 102. Vgl. zur früher h. L. Haueisen, NJW 1954, 1427 und Schütz, DÖV 1958, 449.

3) DÖV 1957, 753 = DVBl. 1957, 503 mit dem Ergebnis zust. Anm. von Haueisen; zustimmend auch Menger, VerwArch. 49, 82.

4) BVerwGE 5, 312; 6, 1; 8, 261 (269); DÖV 1958, 826 ff.; NJW 1959, 1553; 11, 136; 12, 9.

andere Gerichte[1]). Entschiedener Gegner dieser neueren Rechtsprechung ist in erster Linie Ernst Forsthoff[2]). Der Gegenstand dieser Arbeit ist insoweit betroffen, als sich sowohl das OVG Berlin als auch Forsthoff - wenn auch zu Unrecht - auf das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung berufen.

a) Für die Frage der Rücknehmbarkeit des Versorgungsbescheids zieht das OVG Berlin das Gesetzmäßigkeitsprinzip im Sinne der Vorbehaltskomponente heran. Es bezeichnet die Rückforderung des rechtswidrig gewährten Witwengeldes als einen belastenden Verwaltungsakt, der nach dem Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung einer Rechtsgrundlage bedürfe[3]). Diese Rechtsgrundlage findet das OVG in einem Rechtsgrundsatz, wonach eine Rücknahme dann zulässig sei, wenn ein "überwiegendes öffentliches Interesse" dem Individualinteresse an der Aufrechterhaltung des Aktes vorgehe. Jesch[4]) hat mit überzeugenden Gründen dargetan, daß diese Argumentation aus zwei Gründen falsch ist. Nach Jesch kann das vom OVG Berlin herangezogene Prinzip der Interessenabwägung nicht ausreichen, um dem Vorbehalt der gesetzlichen Ermächtigung zu genügen, denn sonst würde ein überwiegendes öffentliches Interesse allein, d.h. ohne zusätzliche gesetzliche Ermächtigung, einen Eingriff in Freiheit und Eigentum rechtfertigen und damit den Eingriffsvorbehalt illusorisch machen. Abgesehen davon könnte dieser "Rechtsgrundsatz" dem Vorbehaltserfordernis nicht genügen, da ein solches allgemeines Prinzip vor der Entscheidung des OVG Berlin nicht anerkannt war. Vor allem aber weist Jesch darauf hin, daß die Rücknahme eines rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsaktes überhaupt nicht dem Gesetzesvorbehalt unterliegt, weil die Aufhebung eines rechtswidrigen Aktes nicht zwingend einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf. Das deswegen nicht, weil der Eingriffsvorbehalt auf der Idee einer - zumindest der Exekutive gegenüber - vorgegebenen naturrechtlichen Individualsphäre beruht, die durch die Rücknahme einer Leistung nicht eingeengt und damit verletzt werden kann. Allerdings sind auch staatliche Rechtsverleihungen gegen einen Entzug oder eine Beeinträchtigung ohne gesetzliche Ermächtigung geschützt. Der Eingriffsvorbehalt

---

1) Z.B. BSG 7, 8 (16); 10,72 (76); Württ.-Bad. VGH, VerwRspr. 10, 662 (666); OVG Rh-Pf, AS 5, 129; OVG Hamburg, DVBl. 1959, 147; BayVGH, BayVBl. 1957, 163; vgl. ferner Haueisen, NJW 1958, 1661; DVBl. 1959, 228.

2) Lehrbuch, S. 240 f. Sehr entschieden und mit ausführlicher Begründung aber auch Zeidler, S. 71-78. Vgl. ferner Scheerbarth, DVBl. 1960, 185 ff.; Ule, DVBl. 1960, 609 (614); Wirth, DÖV 1960, 173, Klinger, Komm. zur VwGO, 1960, § 42 Anm. E IV 1a mit weiteren Nachweisen.

3) Insoweit ebenso Erning, DVBl. 1959, 795 ff.; DVBl. 1960, 188 ff. und 667 ff.

4) A.a.O. S. 193 ff.

erstreckt sich aber nicht auf solche Rechte, die gegen den Willen des Gesetzgebers erworben sind und daher mit dem Vorrang des Gesetzes kollidieren. Dagegen läßt sich nicht einwenden, die Rücknahme einer Begünstigung bedeute eine tatsächliche Belastung. Für nur faktische Benachteiligungen, also bloße Interessenverletzungen, gilt das Vorbehaltsprinzip von vornherein nicht. Es gilt aber auch dann nicht, wenn man mit dieser Belastung Rechtsnachteile meint. Entscheidend ist wiederum, daß die Rechtsstellung, die sich auf den rechtswidrigen Akt stützt, bisher nicht als schutzwürdig angesehen wurde und die Frage der Rücknahme rechtswidriger Begünstigungen auch niemals unter dem Gesichtspunkt des Eingriffsvorbehalts gesehen worden ist. Für derartige Belastungen kann das Vorbehaltsprinzip somit nicht gelten. In Wahrheit läßt sich der Schutz gegen eine unbegrenzte Rücknahme allein aus einer Interessenabwägung begründen, die dem Individualinteresse an dem Fortbestand des Aktes heute ein stärkeres Gewicht beimißt als früher. Aus diesem Grunde haben diejenigen Gerichte, die dem OVG Berlin im Ergebnis gefolgt sind, das Vorbehaltsargument zu Recht nicht übernommen.

b) Im Gegensatz zum OVG Berlin will Forsthoff aus dem Gesetzmäßigkeitsprinzip die Unzulässigkeit einer Beschränkung der Rücknahme rechtswidriger Akte herleiten. Er ist der Ansicht, die neuere Rechtsprechung zum Rücknahmeproblem bedeute "praktisch die Preisgabe des Rechtsgrundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung"[1], da die Gesetzmäßigkeit dem Vertrauensschutz nachgeordnet werde[2]. Einen Vertrauensschutz contra legem könne es jedoch nicht geben. Forsthoff meint - anders als das OVG Berlin - mit dem Gesetzmäßigkeitsgrundsatz nicht den Vorbehalt, sondern den Vorrang des Gesetzes. Dieser bedeutet aber nur, daß gesetzwidrige Akte nicht ergehen dürfen. Er sagt aber nicht, was zu geschehen hat, wenn die Vorrangsperre einmal durchbrochen ist und die Exekutive einen Fehler begangen hat. Keineswegs ergibt sich aus dem Vorrangprinzip als einzige mögliche Reaktion der Behörde die einfache Umkehrung des rechtswidrigen Aktes, also die Rücknahme[3]. Die Berücksichtigung einer durch den rechtswidrigen Akt bewirkten Vertrauensstellung verstößt daher nicht gegen den Gesetzmäßigkeitsgrundsatz. Noch viel weniger gibt sich der Rechtsstaat dadurch selbst auf[4], denn das Gesetzmäßigkeitsprinzip

---

1) Vorwort zur 7. Auflage seines Lehrbuches.

2) Lehrbuch, S.240.

3) Bachof, Verfassungsrecht, S.261 f.

4) Forsthoff, Lehrbuch, S.240. Gegen ihn auch Maunz-Dürig, Rnr. 147 zu Art. 20.

will nicht nur eine verbindlich gemeinte öffentliche Ordnung garantieren, vielmehr auch die berechtigten Interessen des Bürgers schützen[1].

c) Verschiedene Gerichtsurteile[2] leiten ebenfalls aus dem Gesetzmäßigkeitsprinzip eine Pflicht zur Rücknahme bei einem Verstoß gegen zwingende Rechtsnormen ab oder nähern sich doch zumindest der Argumentation Forsthoffs. Sie setzen ihm jedoch entgegen, daß nicht nur das Prinzip der Gesetzmäßigkeit, sondern auch das der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens wesentliche Bestandteile des Rechtsstaats seien und nur durch eine Interessenabwägung entschieden werden könne, welches dieser Elemente im Einzelfall zu bevorzugen sei. Die Heranziehung anderer rechtsstaatlicher Grundsätze ist aber überflüssig, wenn man im Sinne der obigen Ausführungen eine sich angeblich aus dem Vorrangprinzip ergebende Pflicht zur Rücknahme rechtswidriger Begünstigungen nicht anerkennt. Damit wird zugleich die Bezugnahme auf die vieldeutige und vage Rechtssicherheit vermieden[3].

3. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und gesetzwidrige Zusagen von Behörden

Ähnliche Probleme wie bei der Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte ergeben sich bei der Frage, ob eine Behörde verpflichtet ist, einen Verwaltungsakt zu erlassen, den sie, in Verkennung der Tatsache, daß er materiell rechtswidrig[4] wäre, mündlich zugesagt hat[5]. Im einen Fall ist

---

1) Auch Forsthoff beschränkt aber, auch aus dem Gedanken des Vertrauensschutzes, die Rücknahme eines Verwaltungsaktes grundsätzlich auf die Rücknahme ex nunc. Er steht damit der neuen Lehre näher, als seine heftige Polemik erwarten läßt.

2) BVerwGE 11, 136; HessVGH, ESVGH 8, 221; Rechtssicherheit und Vertrauensschutz ziehen heran OVG Rh-Pf, AS 8, 101 (108 ff.); BayVGH, BayVBl. 1957, 163.

3) Stellt man nämlich die Interessen der Allgemeinheit in den Vordergrund, so könnte Rechtssicherheit auch Vertrauen in die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bedeuten und damit die Rücknahme erforderlich machen. Vgl. zu den verschiedenen möglichen Bedeutungen der Rechtssicherheit S. 101 f.

4) Zur Frage der formellen Rechtswidrigkeit der Zusage vgl. Kimminich, JuS 1963, 270 ff. Diese ist für unsere Betrachtung unwesentlich, denn die mündliche Zusage verstößt noch nicht gegen das Vorrangprinzip und die fehlende Form kann bei Erlaß des Verwaltungsakts nachgeholt werden, so daß dieser dann formell rechtmäßig ist.

5) Mit Zeidler, S. 40 f., 43 soll unter Zusage die verbindliche Rechtsauskunft

ein begünstigender rechtswidriger Verwaltungsakt bereits ergangen, im anderen Fall ist er nur zugesagt. Dort ist fraglich, ob der gesetzwidrige Zustand wegen des Vertrauensschutzes des Bürgers belassen werden kann, hier, ob er aus dem gleichen Grunde endgültig geschaffen werden darf. Während aber im Falle der Rücknahme das Vorrangprinzip schon verletzt ist und nur die Folgen der Gesetzesverletzung ausgeglichen werden können, läßt sich hier ein Verstoß gegen zwingende Rechtsvorschriften noch verhindern, indem der zwar zugesagte, aber noch nicht erlassene Verwaltungsakt am Ende verweigert wird. Im Unterschied zum Rücknahmeproblem muß hier der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung für die Lösung herangezogen werden. Hier ist das Gebot des Vorrangprinzips eindeutig: es untersagt strikt den Erlaß des Verwaltungsakts. Eben wegen der Gewißheit dieser Aussage ist einem Interesse des Bürgers an der in Aussicht gestellten Begünstigung gegenüber dem Gesetzmäßigkeitsgrundsatz geringeres Gewicht beizumessen. Das gilt einmal dann, wenn für den Erlaß eines Verwaltungsakts offensichtlich überhaupt keine gesetzliche Grundlage zur Verfügung steht[1]). Der Verwaltungsakt wäre nichtig; eine auf ihn gerichtete Zusage muß also unverbindlich sein. Das gleiche gilt nach der Rechtsprechung, wenn der Verwaltungsakt gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen würde[2]). Das BVerwG[3]) ließ diese Frage zunächst ausdrücklich offen, erklärte aber später, daß eine Zusage dann unverbindlich ist, wenn sie gegen ein gesetzliches Verbot verstößt[4]). Das ist auch von anderen Gerichten anerkannt[5]).

Neuerdings unterscheidet Kimminich[6]) zwischen Zusagen, die auf einen nichtigen und solchen, die nur auf einen aufhebbaren Verwaltungsakt gerichtet sind. Für die erste Gruppe von Zusagen folgt er der in der Rechtsprechung vertretenen Ansicht. Für die zweite Gruppe hingegen will er die Grundsätze über den rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsakt anwenden, indem er die Zusage bereits

---

verstanden werden.

1) Kimminich, S.272.

2) Die Gerichte kleiden dies häufig in den Satz: "Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung geht hier dem Grundsatz von Treu und Glauben .... vor." Vgl. OVG Münster, ZMR 1952, 215; dasselbe DVBl. 1958, 68; BayVGH, VerwRspr. 4, 145; OVG Berlin, AS 6, 25 f.; 6 101; BFH, BStBl. 1961 III 562; BStBl. 1961 III 380.

3) BVerwGE 1, 254.

4) BVerwGE 3, 203 f.; DVBl. 1962, 812.

5) Vgl. Anm. 2.

6) A.a.O. S.272.

als begünstigenden Verwaltungsakt ansieht[1]). Die Zusage soll - obwohl rechtswidrig - dann verbindlich sein, wenn ein schutzwürdiges Interesse des Begünstigten an der Aufrechterhaltung besteht und nicht durch ein ebenso schutzwürdiges Interesse eines Dritten oder der Allgemeinheit überwogen wird. Diese Auffassung ist abzulehnen. Rechtsprechung und Rechtslehre tendieren dahin, die Nichtigkeit auf schwerwiegende, offensichtliche Verstöße (Evidenztheorie!) zu beschränken, im übrigen aber nur Aufhebbarkeit anzunehmen. Gerade das von der Rechtsprechung immer wieder herangezogene Beispiel des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot ist kein Fall der Nichtigkeit. Derartige Verwaltungsakte sind nur anfechtbar[2]). Kimminichs Lösung würde nun dazu führen, daß in der überwiegenden Mehrzahl aller Fälle eine Abwägung zwischen Gesetzmäßigkeitsgrundsatz und Vertrauensschutz des einzelnen vorgenommen werden müßte, die erfahrungsgemäß häufig zugunsten des Vertrauensschutzes ausfallen würde. Diese Konsequenz sollte man nicht übersehen. Auch in den von Kimminich angeführten Entscheidungen, die die Zusage bereits als begünstigenden Verwaltungsakt betrachten[3]), wird eine solche Abwägung nicht vorgenommen. Die Übertragung der für den rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsakt heute geltenden Grundsätze auf rechtswidrige Zusagen würde einen unzulässigen Verstoß gegen das Vorrangprinzip bedeuten[4]). Daß im übrigen nicht

---

1) Auch Zeidler, S.47 ff., sieht wie Kimminich die Zusage bereits als begünstigenden Verwaltungsakt an. Im Gegensatz zu der neueren Lehre ist er aber gegen dessen Rücknehmbarkeit; vgl. S.71 ff. mit eingehender Begründung.

2) Forsthoff, Lehrbuch, S.227; H.J. Wolff, § 51 IVb 6.

3) So nennt das OVG Münster, VerwRspr. 9, 937 als Rücknahmegrund u.a. den Widerspruch des Verwaltungsaktes gegen bestehendes Recht, ohne eine Interessenabwägung vorzunehmen. Dazu bestand aber auch kein Anlaß, weil die Zusage nicht gesetzwidrig war. In der Entscheidung des Württ.-Bad. VGH, VerwRspr. 9, 703 lag schon keine verbindliche Zusage vor, so daß das Problem der Rücknahme unerörtert bleiben konnte. Die ganze Frage ist streitig. Z.B. hat es das BSG NJW 1961, 1646 abgelehnt, die Zusage, in der Beitragsbedingungen für den Fall der Weiterversicherung festgelegt werden, als Verwaltungsakt zu behandeln. Dagegen Zeidler, S.48 ff.

4) Auch das OVG Berlin, AS 6, 101 lehnt die Gleichbehandlung der Fälle des Rücknahmeproblems mit denen der mündlichen Zusage ausdrücklich ab, da es sich um ganz verschiedene Sachlagen handele und u.a. die unbewußte Gesetzesverletzung in den Rücknahmefällen einem Zwang zur bewußten Gesetzesverletzung bei Vorliegen einer mündlichen Zusage nicht gleichgestellt werden könne.

schon jeder geringfügige Widerspruch zu einer gesetzlichen Vorschrift, sondern nur schwerwiegende materiell-rechtliche Fehlerhaftigkeit der Berücksichtigung des Vertrauensschutzes entgegenstehen, zeigt schon die Bezugnahme der Rechtsprechung auf den Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot. Für einen noch weitergehenden Vertrauensschutz besteht kein Anlaß. Erinnert sei auch daran, daß als Möglichkeit, im Vertrauen auf eine Zusage erlittene Verluste auszugleichen, vielfach die Amtshaftungsklage gegeben sein wird[1].

4. Der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz und der subordinationsrechtliche Vertrag

a) Im Zusammenhang mit dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verdienen besondere Beachtung diejenigen verwaltungsrechtlichen Verträge, die häufig als "subordinationsrechtliche" den "koordinationsrechtlichen" gegenübergestellt werden[2]. Sie sind dadurch gekennzeichnet, daß sie zwischen Trägern öffentlicher Verwaltung und Einzelpersonen geschlossen werden. Ihre grundsätzliche Zulässigkeit wird heute fast einhellig anerkannt[3]. Bezüglich der Frage, unter welchen Voraussetzungen im Einzelfall solche Verträge geschlossen werden dürfen und in welchen Fällen die Träger öffentlicher Verwaltung innerhalb ihres besonderen hoheitlichen Kompetenzbereichs rechtlich zu einseitig anordnender Regelung eines Lebenssachverhalts mittels Verwaltungsakts gezwungen sind, kommt dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung entscheidende Bedeutung zu. Auch hier ist im Interesse der Klarheit zwischen Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes zu unterscheiden.

---

1) Dazu führt das OVG Berlin, a.a.O., aus: "Den sich aus der Unterordnung des Vertrauensschutzes unter den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung etwa ergebenden Härten kann möglicherweise mit einer Amtshaftungsklage begegnet werden, nicht aber dadurch, daß die Wertordnung des Gesetzes beiseite geschoben und durch eine eigene der Behörde oder des Verwaltungsgerichts ersetzt wird, die im Einzelfall für angebracht gehalten wird."

2) E. Stein, S.320 bezeichnet den subord. Vertrag als "Verwaltungsvertrag", H.H. Rupp, DVBl. 1959, 81 ff. spricht von "Vertragsakt". Vgl. allgemein zum subord. Vertrag Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 1958, Salzwedel, Die Grenzen der Zulässigkeit des öff.-rechtl. Vertrages, 1958.

3) Stein, a.a.O.; H.J. Wolff, § 44 Ia.

b) Das Vorbehaltsprinzip verlangt erstens für jeden Eingriff in die Rechtssphäre des Bürgers eine gesetzliche Grundlage, eine Ermächtigungsnorm. Sie kann nicht durch einen subordinationsrechtlichen Vertrag ersetzt werden. Sofern solche Verträge gesetzlich nicht vorgesehene Verpflichtungen der Bürger schaffen - Verträge praeter legem - sind sie daher unzulässig[1]. Die Einwilligung des Bürgers kann eine Ermächtigungsnorm nicht ersetzen, da die Kompetenzen eines Organs nur von der repräsentierten Organisation oder von dieser übergeordneten Instanzen geändert werden können[2].
Das Erfordernis der gesetzlichen Ermächtigung erstreckt sich jedoch nicht auf das Verfahren, nach dem im Einzelfall von der Ermächtigung Gebrauch zu machen ist. Der Gesetzgeber kann der Verwaltung die Wahl zwischen Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlichem Vertrag sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend überlassen. Das ist nur eine Frage der Gesetzgebungstechnik, nicht aber des rechtlichen Gehalts der Normierung, die unabhängig ist von der Wahl zwischen diesen beiden Möglichkeiten der Gesetzesfassung[3].

c) Aus dem Vorrangprinzip ergibt sich, daß die Bindung der durch Ermächtigung zugelassenen Verwaltungstätigkeit in Verfahren, Form und Inhalt an das Gesetz nicht durch Vertrag geändert oder durchbrochen, sondern allenfalls ausgefüllt werden darf. Vertraglich können verwaltungsrechtliche Verpflichtungen von Privatpersonen daher weder ausgeschlossen noch eingeschränkt werden. So hat das BVerwG[4] entschieden, daß Steuervereinbarungen in aller Regel gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verstoßen und nichtig sind, sofern sie nicht ausnahmsweise im Gesetz vorgesehen sind. Dem ist jedenfalls dann zuzustimmen, wenn, wie im entschiedenen Falle, eine Steuer allgemein und für mehrere Jahre im voraus erlassen wird. Hinzuzufügen ist allerdings, daß Vereinbarungen über einzelne fällige Steueransprüche, vor allem zur Beseitigung von Streitigkeiten, stets für zulässig erachtet wurden[5],

---

1) BVerwGE 4, 111 (114) = DVBl. 1957, 721 ff. mit Anm. Forsthoff; HessVGH, DÖV 1956, 185 ff.
2) Stein, S. 322.
3) Stein, S. 323; Wolff, § 44 Ia. A.A. Stern, S. 139 f.
4) BVerwGE 8, 329 ff.; obiter dictum schon im Urteil BVerwGE 4, 111 (114). Unter Berufung auf BVerwGE 8, 329 sieht der Bad.-Württ. VGH, VerwRspr. 13, 195 eine von einer Dolensatzung abweichende Vereinbarung, durch die die Beklagte auf die Ausübung später einmal entstehender Hoheitsrechte verzichtete, als ungültig an.
5) Vgl. Bachof, Verfassungsrecht, S. 106.

Wozu es führen würde, wenn man vertragliche Abänderungen der Gesetze zuließe, macht das Urteil des OVG Münster vom 29.10.1952 deutlich[1]). Nach Ansicht des Gerichts soll sich ein Grundstückseigentümer im Zusammenhang mit der Beantragung einer Baugenehmigung wirksam verpflichten können, von bestimmten Rechten, die ihm die Baufreiheit gewährt, keinen Gebrauch zu machen. Praktisch würde das bedeuten, daß die für die Baugenehmigung zuständige Behörde ihre nicht unbeträchtliche Machtposition dazu benutzen dürfte, den Baulustigen zu "freiwilligen" Verzichten auf gesetzlich anerkannte Rechte zu veranlassen.

Die strenge Auffassung des BVerwG über die Zulässigkeit subordinationsrechtlicher Verträge wird insbesondere vom OVG Münster nicht geteilt. In einer weiteren Entscheidung vom 20.3.1957[2]) hat es das OVG für zulässig erachtet, daß eine Gemeinde durch Vertrag einem Anlieger an einer unfertigen Straße eine Ausnahme von einem ortsstatutarischen Bauverbot gegen vorweggenommene Erfüllung der Anliegerbeitragspflicht gewährte. Genau genommen verstößt die Vorwegnahme der Anliegerbeitragszahlung gegen das Gesetz, da sie erst nach Fertigstellung einer Straße fällig wird. Durch die vertragliche Zahlung der Beiträge vor Fälligkeit beschaffen sich andererseits die finanzschwachen Gemeinden erst die Mittel für den Straßenbau. Das OVG Münster begründet die Zulässigkeit derartiger Verträge damit, daß sie das Grundsätzliche des Anliegerbeitragsrechts, vor allem die Beitragspflicht, unberührt lassen und abweichend vom Gesetz nur den Zeitpunkt der Beitragserstattung vorverlegen. Der Entscheidung ist zuzustimmen. Man wird in diesem Fall schwerlich von einer Umgehung oder Durchbrechung des Gesetzes sprechen können, da die vertragliche Regelung nur dem zweckentsprechenden Vollzug des Gesetzes dient.

Auch die Frage, ob ein gesetzlich vorgesehener Verwaltungsakt durch einen subordinationsrechtlichen Vertrag ersetzt werden kann, beantwortet sich nach dem Grundsatz der Bindung der Verwaltung an das Gesetz. Wenn das Gesetz ausdrücklich einen Verwaltungsakt vorsieht, liegt darin eine Verfahrensregelung. Sie ist als zwingend anzusehen, sofern sich ihr nichts Gegenteiliges entnehmen läßt[3]). Regelmäßig darf sich die Verwaltung nicht darüber hinwegsetzen. Nicht beigepflichtet werden kann deshalb einer Entscheidung des OVG Münster vom 21.6.1960[4]). Darin hat das OVG eine Abmachung als gültig angesehen, mit der die Rechtsfolgen bei Bestehen eines materiell baurechtswidrigen Zustandes ab-

---

1) BBauBl. 1954, 339.

2) DÖV 1957, 374.

3) Forsthoff, Lehrbuch, S.254.

4) DÖV 1960, 798 mit ablehnender Besprechung von H.H. Rupp, JuS 1961, 59 ff.

weichend vom Gesetz geregelt worden waren. Das Gericht stützte seine Ansicht hauptsächlich auf das Opportunitätsprinzip, das im Ordnungsrecht angeblich eine Wahlmöglichkeit zwischen Verwaltungsakt und Vertrag eröffnen soll. Dieses Prinzip räumt der Verwaltung jedoch nur die Wahlmöglichkeit ein, ob sie bei Vorliegen bestimmter Umstände handeln will oder nicht, wobei sie sich von ihrem pflichtgemäßen Ermessen leiten lassen muß. Es überläßt ihr darüber hinaus für den Fall des Einschreitens aber nicht auch die Wahl des Mittels. Wenn die Verwaltung sich entschließt zu handeln, dann hat sie die vom Gesetz für den betreffenden Tatbestand vorgesehene Rechtsfolge in der Weise herbeizuführen, wie sie das Gesetz bestimmt, nämlich bei Gesetzwidrigkeit eines Bauwerks durch Erlaß einer Abbruchsverfügung. Der gesetzlich vorgesehene Verwaltungsakt darf auch dann nicht durch einen verwaltungsrechtlichen Vertrag ersetzt werden, wenn, wie im entschiedenen Fall, das Gesetz die Entscheidung über die Notwendigkeit eines Einschreitens in das Ermessen der Behörde stellt[1]. Nach der vom BVerwG vertretenen strengen Auffassung des Gesetzmäßigkeitsprinzips hätte das OVG nur die Gesetzwidrigkeit des Baues feststellen und prüfen dürfen, ob der Abbruch gerechtfertigt sei, sich aber nicht auf die vertragliche Abmachung stützen dürfen. Die Vereinbarung, mit der der Kläger die Baurechtswidrigkeit anerkannt hatte, greift jedenfalls in den der Disposition der Beteiligten entzogenen Bereich ein mit der Folge, daß auch die vom Kläger übernommene Verpflichtung, das Bauwerk zu beseitigen, unwirksam ist.

III. DIE ERMÄCHTIGUNG DER EXEKUTIVE ZUM ERLASS VON RECHTSVERORDNUNGEN UND VERWALTUNGSAKTEN

1. Das Problem

Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Staatsbürger können durch Rechtssätze oder Einzelakte vorgenommen werden. Für beide Eingriffsarten verlangt das Vorbehaltsprinzip eine formell-gesetzliche Ermächtigung[2]. Diese kann ganz allgemein, d.h. nach Art und Umfang nicht begrenzt sein, für ihre Ausgestaltung kann aber auch inhaltliche Bestimmtheit gefordert werden. Heutigen rechts-

---

1) Stern, S. 144 ff.; Stein, S. 325.

2) So für Rechtsverordnungen BayVerfGH, VGHE N.F. 9 II 131 (140); 10 II 95 (101); 11 II 196; für belastende Verwaltungsakte BVerfGE 8, 274.

staatlichen Anschauungen kann nur der Typus der spezifizierten Ermächtigung genügen, während bis zur Herrschaft des GG auch Globalermächtigungen in der Form von Generalklauseln für zulässig erachtet wurden, durch die die Exekutive das Recht erhielt, auf einem bestimmten Sachgebiet Verordnungen und Einzelakte zu erlassen[1]).

Prinzipielle Bedenken bestehen vor allem gegen die Übertragung rechtsetzender Gewalt von der für die Rechtsetzung zuständigen Legislative auf die Exekutive. Eine solche Delegation widerspricht streng genommen dem Grundsatz der Gewaltenteilung. Dieser Grundsatz ist aber nicht ausnahmslos durchführbar, denn der Gesetzgeber wäre nicht imstande, alle Gesetzesarbeit allein zu leisten. Daher hat das GG in Art. 80 selbst die Entscheidung getroffen, daß die Übertragung rechtsetzender Gewalt zulässig ist, jedoch nur, sofern bestimmten Kautelen genügt wird. Die in Art. 80 GG enthaltene Regelung soll vornehmlich eine Übertragung des Gesetzgebungsrechts in verschleierter Weise, nämlich durch unbeschränkte Delegation des Rechtsverordnungsrechts, verhindern. Dem Parlament soll eine "Flucht aus der Verantwortung" unmöglich gemacht werden.

Unter der Geltung des GG wurde aus Art. 80 ein allgemeines, über den Bereich des Bundesrechts hinausreichendes Prinzip für die Bestimmtheit der Ermächtigung an den Verordnungsgeber und für die Voraussehbarkeit zukünftiger Rechtssetzungen durch die Exekutive abgeleitet. Gleichzeitig wurde der Grundsatz herausgearbeitet, daß Ermächtigungen für Eingriffe durch Einzelakte tatbestandsmäßig so bestimmt sein müssen, daß die Eingriffsakte an der gesetzlichen Ermächtigung "meßbar" und Art und Umfang des Eingriffs für den möglicherweise Betroffenen voraussehbar sind.

2. Die rechtsstaatlichen Anforderungen an Ermächtigungen

Nach Art. 80 I 2 GG sind "Inhalt, Zweck und Ausmaß" einer Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen "im Gesetz" zu bestimmen. Die Rechtsprechung, insbesondere des BVerfG, legt diese Vorschrift nicht einheitlich aus. Es bestehen Zweifel darüber, inwieweit eine Spezifizierung der gesetzlichen Ermächtigung erforderlich ist und in welchem Ausmaß globale Ermächtigungen in der Form von Generalklauseln gestattet sind.

---

1) Vgl. zur Geschichte Jesch, S. 104 ff., 107, 153, 213. Die Globalermächtigung wurde zuerst im Steuerrecht durch die spezifizierte Ermächtigung ersetzt. Hier wurde das Prinzip der Tatbestandsmäßigkeit der einzelnen Steuerforderung entwickelt.

a) Das BVerfG hat ursprünglich[1] zu Recht gefordert, Inhalt, Zweck und Ausmaß müßten sich "grundsätzlich ausdrücklich, jedenfalls aber mit einwandfreier Deutlichkeit" aus dem Gesetz ergeben und es hat diese Ansicht in mehreren Entscheidungen beibehalten[2]. Neuerdings hat das BVerfG dem Passus "im Gesetz bestimmt" (Art. 80 I 2 GG) eine andere Deutung gegeben. Es hat zuerst im Investitionshilfeurteil[3] und dann eingehend im Beschluß über die Zulässigkeit des § 2 des Preisgesetzes[4] die Auffassung vertreten, daß Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung nicht im Gesetzestext ausdrücklich bestimmt sein müssen, sondern auch durch Auslegung ermittelt werden können. Dabei dürfen nach BVerfGE 8, 276 (307) zur Klärung von Zweck und Inhalt und Ausmaß der Ermächtigung auch der Sinnzusammenhang der Norm mit anderen Vorschriften und das Ziel, das die gesetzliche Regelung insgesamt verfolgt, herangezogen werden[5]. Es ist also anerkannt, daß Globalermächtigungen zulässig sind, wenn sie durch verfassungskonforme Interpretation[6] bestimmbar und begrenzbar sind[7]. Nach Ansicht des Gerichts ist es ausreichend, wenn der Wortlaut einen "Anhaltspunkt" gibt, welches "Programm" verwirklicht werden soll[8]. Das Erfordernis der einwandfreien Deutlichkeit wird also neuerdings relativiert[9]. Daß eine solche Auslegung weder dem Wortlaut, noch dem Sinn des Art. 80 I 2 entspricht, liegt auf der Hand. Nach dieser Rechtsprechung

---

1) BVerfGE 2, 307 (334);
2) BVerfGE 4, 7 (21); 5, 71 (77); 7, 282 (303);
3) BVerfGE 1, 14 ff. (59 f.).
4) BVerfGE 8, 274 ff. (307 ff.); vgl. ferner BVerfGE 13, 153.
5) Vgl. die Kritik an der Argumentation des BVerfG bei Jesch, S. 215 Anm. 176.
6) BVerfGE 8, 274 (324) hebt hervor, daß die Ermächtigung des § 2 Preisgesetz nur bei der vom Gericht vorgenommenen verfassungskonformen Auslegung mit Art. 80 GG vereinbar sei und räumt ein, daß die Vorschrift an sich auch anders hätte ausgelegt werden können.
7) Die Ermächtigung ist also nicht von sich aus bestimmt und begrenzt, sondern wird es erst durch Auslegung. Vgl. BVerfGE 8, 274 (311).
8) BVerfGE 8, 274 (307) im Anschluß an Bernhard Wolff, AöR 78, 197. Vgl. auch BVerfGE 5, 77. - Siehe dazu auch BFH 67, 111: Es genüge, wenn Inhalt und Zweck sich aus dem Gesetz "und der Natur der Sache" ergebe und der Umfang "durch die auf Sachverständigengutachten beruhenden Ergebnisse und deren Auswertung in Besprechungen mit den Berufsorganisationen ... begrenzt wird."
9) Vgl. die Kritik bei Winkelmann, NJW 1959, 961 ff.

ist es nicht mehr erforderlich, daß der Gesetzgeber selbst die nötigen Vorschriften erlassen muß, sondern er darf der Exekutive einen weiten Spielraum überlassen, auch wenn er in der Lage gewesen wäre, die betreffenden Ermächtigungen konkreter zu fassen und zu begrenzen[1]).
Interessant ist, daß die hier dargestellte Rechtsprechung des BVerfG zur Auslegung des Art. 80 I 2 GG wirtschaftslenkende Gesetze betrifft. Für den Bereich der staatlichen Intervention in die Wirtschaft fehlt dem Gesetzgeber offenbar noch die hinreichende Erfahrung, um zu klar umgrenzten Regelungen und Ermächtigungen zu gelangen. Im Interesse der Rechtsstaatlichkeit bleibt zu hoffen, daß es den Bemühungen von Wissenschaft und Rechtsprechung gelingen wird, wie früher im Polizeirecht, so auch hier das dem staatlichen Handeln zufallende Gebiet eindeutig abzustecken.
Auch die inhaltlichen Anforderungen, die das BVerfG an Rechtsetzungsermächtigungen stellt, ändern sich mit der Materie. So wurden weite, fast global zu nennende Ermächtigungen in Wirtschaftslenkungsgesetzen[2]) als verfassungsmäßig anerkannt, während im übrigen Bereich der Eingriffsverwaltung wesentlich strengere Anforderungen an die Bestimmtheit und Begrenztheit der Ermächtigung sowie die Voraussehbarkeit einer künftigen Verordnungsregelung gestellt werden[3]). Besonders untersagt das BVerfG die Zuweisung der authentischen Interpretation von Gesetzesbestimmungen an die Exekutive[4]). Dagegen will das Gericht im Bereich der Leistungsverwaltung offenbar nicht so strenge Anforderungen stellen, soweit sich das aus BVerfGE 7, 302 entnehmen läßt[5]). Vieles ist aber auch hier noch im Fluß.

b) Auch außerhalb der Geltung des Art. 80 I 2 GG und entsprechender Bestimmungen der Länderverfassungen wird teils der jener Vorschrift zugrunde liegende Rechtsgedanke[6]), zuweilen auch ihr Inhalt selbst[7]) als verbindlicher Maßstab

---

1) Was aber dem Gericht möglich ist, muß auch dem Gesetzgeber möglich sein, denn sonst verzichtet er eben auf eine Regelung.
2) Vgl. § 10 InvestitionshilfeG (dazu BVerfGE 4, 8 ff.) und § 2 PreisG (dazu BVerfGE 8, 274 ff.).
3) Z.B. BVerfGE 5, 71 (76); 7, 283 ff.; für Strafrechtsnormen BVerfGE 14, 174 (185); 245 (252, 254); 254 (257). Eine weite Auslegung des Art. 80 I 2 GG vertritt dagegen BFH 69, 233 f.
4) BVerfGE 5, 71 (76).
5) Auch der Württ.-Bad. VGH, VerwRspr. 8, 622 beschränkt die Notwendigkeit rechtssatzmäßiger Bindungen der Exekutive auf belastende Maßnahmen.
6) Z.B. OVG Hamburg, DVBl. 1951, 48 ff. OVG Rh-Pf, AS 6, 369.
7) VGH Stuttgart, VerwRspr. 9, 984.

für die Übertragung rechtsetzender Gewalt auf die Exekutive anerkannt. Entscheidendes Verdienst gebührt hier der Rechtsprechung des BayVerfGH[1]), der einen allgemeinen Grundsatz der Meßbarkeit aller Eingriffe in die Individualsphäre am Maßstab begrenzter Ermächtigungen entwickelte. In Anwendung dieses Grundsatzes hat der VerfGH für die Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen ausgesprochen: "Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Verordnungsgewalt muß durch die vom Gesetzgeber selbst getroffenen Bestimmungen hinreichend genau festgelegt und begrenzt sein."[2]) Was hier für Verordnungsermächtigungen ausgesprochen wurde, gilt nach Ansicht des BayVerfGH und der ihm einmütig folgenden Rechtsprechung[3]) ganz allgemein für Eingriffe in Freiheit und Eigentum. Eine nur formalgesetzliche Ermächtigung genügt dem Eingriffsvorbehalt nicht, es bedarf vielmehr einer spezifizierten Eingriffsgrundlage. Der BayVerfGH hat in ständiger Rechtsprechung den Grundsatz vertreten, "daß nach rechtsstaatlichen Grundsätzen alle Befugnisse der vollziehenden Gewalt meßbar und daher die gesetzlichen Tatbestände, auf Grund deren Leistungen von den Rechtsunterworfenen beansprucht werden können, nach Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß hinreichend klar umschrieben und begrenzt sein müssen. Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn zwar nicht Leistungen zu erbringen, wohl aber von den Rechtsunterworfenen Eingriffe in ihre Rechtssphäre zu dulden sind"[4]). Ebenso hat das BVerwG verlangt, "daß die den Verwaltungsbehörden erteilte Ermächtigung zu belastenden Verwaltungsakten so begrenzt und bestimmt ist, daß vorausgesehen werden kann, in welchen Fällen und mit welchem Sinn und Zweck von der Ermächtigung Gebrauch gemacht wird und welchen Inhalt die auf Grund der Ermächtigung getroffenen Maßnahmen haben werden."[5]) Das BVerfG hat dieser neueren Lehre dann die folgende Fassung gegeben: "Das

---

1) Der Grund für die ausgedehnte Rechtsprechung des BayVerfGH zum Rechtsstaat ist in Art. 3 der bayerischen Verfassung zu suchen. Art. 3 lautet: "Bayern ist ein Rechts-, Kultur- und Sozialstaat. Er dient dem Gemeinwohl." Aus dieser Bestimmung hat das Gericht zahlreiche rechtsstaatliche Grundsätze abgeleitet.

2) VGHE N.F. 5 II 154; vgl. ferner 2 II 41 f.; 2 II 165; 3 II 45; 5 II 117; 7 II 119 f.; 11 II 203.

3) OVG Hamburg, DVBl. 1954, 261; DVBl. 1951, 48 mit Anm. von Ule; LVG Düsseldorf, DVBl. 1951, 670 mit Anm. von Dernedde; VGH Bebenhausen, NJW 1957, 276 ff.

4) VGHE N.F. 7 II 119; vgl. ferner 1 II 91; 2 II 167; 3 II 136; 4 II 191; 9 II 176; Bachof und Jesch, JöR Bd. 6, 84 ff.

5) BVerwGE 2, 114 (117).

Prinzip des Rechtsstaats fordert, daß die Verwaltung in den Rechtskreis des einzelnen nur eingreifen darf, wenn sie dazu in einem Gesetz ermächtigt wird, und daß diese Ermächtigung nach Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt ist, so daß die Eingriffe meßbar und in gewissem Umfange für den Staatsbürger voraussehbar und berechenbar werden."[1]

Die Meßbarkeit ist nur dann gegeben, wenn der Gesetzgeber selbst Maßstäbe für das Handeln der Exekutive aufstellt, die es den Gerichten ermöglichen nachzuprüfen, ob die Verwaltungstätigkeit mit dem normierten Willen des Gesetzgebers übereinstimmt. Unzulässig ist daher die Verwendung vager Generalklauseln, weil diese eine wirksame gerichtliche Kontrolle verhindern[2]. Durch die Aufnahme inhaltlich ganz unbestimmter Rechtsbegriffe in eine Ermächtigungsnorm könnte nämlich jeder Eingriff in die Individualsphäre "in das praktisch unüberprüfbare Ermessen" der Behörden gestellt werden; denn trotz theoretischer Überprüfbarkeit der behördlichen Rechtsanwendung durch die Gerichte scheitert eine wirksame Kontrolle am Mangel fester Maßstäbe zur Ausfüllung der Ermächtigung und der in ihr verwendeten Begriffe.

3. Die Begründung für das Erfordernis spezifizierter Ermächtigungen

a) Die Forderung nach begrenzten und bestimmten (inhaltserfüllten) Ermächtigungen findet die unterschiedlichsten Begründungen[3]. Von vornherein müssen alle Versuche als gescheitert gelten, dieses Gebot auf nur einen Verfas-

---

1) BVerfGE 9, 137 (147); vgl. auch 8, 274 (325); und ferner 8, 71 (76); 9, 83 (87).

2) BVerfGE 6, 32 (44).

3) Rechtsstaatsprinzip: BVerfGE 7, 301; 10, 258; BFH 66, 112; BayVerfGH, VGHE N.F. 7 II 119 f.; 10 II 101. - Gesetzmäßigkeitsgrundsatz: BVerfGE 9, 87; BVerwGE 3, 207; 7, 121; BayVGH, DVBl. 1955, 253; LVG Düsseldorf, DVBl. 1951, 67. - Rechtsstaatsprinzip und Gesetzmäßigkeit: BVerwGE 2, 121; BVerwG, VerwRspr. 11, 147. - Gesetzmäßigkeitsgrundsatz und Rechtsschutz: BayVGH, VGHE N.F. 13 I.14. - Gewaltenteilung, Gesetzmäßigkeit, Rechtsstaatlichkeit, Gleichheitssatz: OVG Hamburg, DVBl. 1954, 261. - Art. 2 I, 19 II, 20 III GG: BVerwGE 4, 30. - Rechtsstaatsprinzip, Gewaltenteilung, Gesetzmäßigkeit, Rechtsschutz: BVerfGE 8, 325; BVerwGE 2, 114.

sungsgrundsatz zu stützen[1]. Das Problem greift so tief in das Gesamtgefüge einer Verfassung ein, daß durch eine unzulässige Ermächtigung gleichzeitig mehrere rechtsstaatliche Grundsätze verletzt werden. Keine ausreichende Grundlage geben insbesondere die Gewaltenteilung und die Rechtsstaatsidee ab; sie sind zu unbestimmt, als daß sich aus ihnen die Notwendigkeit begrenzter Ermächtigungen einwandfrei ableiten ließe. Beide Verfassungsprinzipien haben keinen von vornherein eindeutig festlegbaren Inhalt, sondern werden erst durch die Beschaffenheit einer Verfassung ausgebildet und ihrerseits durch die Regeln über Macht- und Kompetenzverteilungen zwischen Gesetzgebung und vollziehender Gewalt geformt. Diese Verkettung hat das BVerwG[2] zutreffend erkannt. Das Gericht stützt das Verbot von Blankoermächtigungen gleichzeitig auf eine Reihe verfassungsrechtlicher Grundnormen, und zwar auf den Schutz des Wesensgehalts der Grundrechte (Art. 19 II GG)[3], auf den Gewaltenteilungsgrundsatz[4], auf die Grundsätze des Rechtsstaats[5] und auf das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Hierzu führt das BVerwG aus, daß diesem Prinzip "nicht schon damit Genüge getan ist, daß eine formelle gesetzliche Ermächtigung für die Verwaltung zum Handeln vorliegt, ohne daß das Gesetz das Handeln der Verwaltung inhaltlich normiert, d.h. die Voraussetzungen, unter denen, und den Inhalt, mit dem die Verwaltung handeln darf, umschreibt und damit die Ermächtigung begrenzt und konkretisiert. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verliert seinen verfassungspolitischen Sinn und büßt seine Funktion, Freiheit und Eigentum des Bürgers vor staatlicher Willkür zu schützen, dort ein, wo der Gesetzgeber der Verwaltung eine Generalermächtigung erteilt, die in

---

1) Vgl. dazu die Beispiele in Anm. 3, S.50.

2) BVerwGE 2, 114. Dieser Betrachtungsweise folgt im wesentlichen BVerfGE 8, 274 (325).

3) Vgl. auch BVerwG, DÖV 1957, 322, und zum Problem Grundrechtsschutz und Globalermächtigung ferner BVerwGE 2, 295 (299); 2, 349; 4, 31; 5, 334 und OVG Münster, DÖV 1955, 345 ff.; BVerfGE 8, 71 (76).

4) "Wo die Vollmachten der Exekutive nicht hinreichend bestimmt und begrenzt sind, da führt die Exekutive nicht mehr das Gesetz aus, vollzieht sie nicht mehr den Befehl des Gesetzgebers, sondern handelt und entscheidet an dessen Stelle. Das verletzt den Gewaltenteilungsgrundsatz, nach dem die rechtspolitischen Entscheidungen dem Parlament zustehen, während die Exekutive nur Vollzugsorgan ist."

5) Das Gericht weist in diesem Zusammenhang u.a. auf die durch Blankoermächtigungen bewirkte Rechtsunsicherheit hin und stellt fest, daß in einem solchen Fall die Verwaltung gar nicht mehr an das Recht gebunden ist.

Wahrheit nur einen Generaldispens, nämlich von den Grundrechten, enthält." Vor allem findet das BVerwG einen tragenden Grund für seine Forderung nach inhaltlich bestimmten Ermächtigungen in dem durch Art. 19 IV GG gewährleisteten umfassenden Gerichtsschutz gegen Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt. In der Tat ist die "Meßbarkeit" aller staatlichen Eingriffsbefugnisse in der Praxis davon abhängig, daß die Macht der Exekutive durch die Normierung abgegrenzter Eingriffstatbestände eingeschränkt und rechtlich gebunden ist. Es geht hierbei nicht nur um das Problem generalklauselartiger Ermächtigungen[1], sondern auch um die Frage nach der Zulässigkeit und den Grenzen der Einräumung eines Ermessens[2] an die Behörden.

b) Polizeirechtliche Generalklauseln hat die Rechtsprechung in neuerer Zeit zum Teil mit der Begründung für zulässig erklärt[3], daß die in ihnen verwendeten Begriffe "durch eine Fülle von richterlichen Erkenntnissen in ihrer rechtlichen Bedeutung begrenzt und fixiert" seien[4]. Diese Inhaltsbestimmung folgt

---

1) Nach BayVerfGH, VGHE N.F. 2 II 9 ist eine Generalklausel "mit dem Grundsatz des Rechtsstaats jedenfalls dann nicht unvereinbar, wenn die Ermächtigung sich auf einen bestimmten gesetzlichen Tatbestand ... beschränkt und überdies das Ermessen durch gesetzlich vorgeschriebene Richtlinien gebunden ist".

2) Die Rechtsprechung hält grundsätzlich die Einräumung eines Ermessensspielraums an die Verwaltungsbehörden mit dem Rechtsstaatsgedanken für vereinbar, sofern die folgenden Bedingungen erfüllt sind:
1. Das Verwaltungshandeln nach Ermessen darf im Rechtsstaat "niemals unbeschränkt frei" sein, sondern hat nach pflichtgemäßen Erwägungen zu geschehen, wobei Pflicht "das rechtsstaatliche Gebot darstellt, hoheitliche Angelegenheiten nach objektiven, zur Sache gehörigen Gründen zu entscheiden." Maßgebend ist hierbei der Sinn des Gesetzes (BayVGH, VGHE N.F. 7 I 121 ff.; ähnlich BVerwGE 11, 96; OVG Münster, OVGE 15, 265).

2. Schranken für das Ermessen ergeben insbesondere der Gleichheitssatz und die übrigen Grundrechte (BayVGH, a.a.O.), wobei deren Wesensgehalt nicht angetastet werden darf (BVerwG, a.a.O.).
3. Die Einräumung eines Ermessens darf die gerichtliche Nachprüfbarkeit nicht völlig ausschließen (vgl. dazu BVerfGE 7, 154; ferner BVerfGE 6, 32 (44); BVerwGE 9, 284 (287); 3, 30).

3) Verfassungswidrigkeit nimmt dagegen an Titzck, DÖV 1955, 453 ff.; gegen ihn Wacke, DÖV 1955, 456 ff. (jeweils mit weiteren Nachweisen).

4) OVGE 11, 29 ff.

dann allerdings nicht aus dem Gesetzestext, sondern, wie das OVG Lüneburg gesagt hat[1], aus einem "Gerichtsgewohnheitsrecht", das die Verwaltungsbehörden bei der Ausübung der ihnen erteilten Ermächtigung bindet. In diesen Fällen nimmt also der Gesetzgeber Begriffe in die Ermächtigungsnorm auf, die durch eine größere Anzahl gerichtlicher Entscheidungen genügend geklärt erscheinen[1]. Dieses Verfahren ist rechtsstaatlich unbedenklich, denn es handelt sich nur dem Wortlaut nach um weite Ermächtigungen, der Sache nach aber um von vornherein genau umschriebene und begrenzte Kompetenzzuweisungen. Diese Gesetzgebungstechnik darf nicht verwechselt werden mit dem Erlaß von Ermächtigungsnormen, die an sich unbestimmt sind und erst nachträglich durch gerichtliche Auslegung die von Verfassungs wegen erforderliche Begrenzung erhalten[2].

IV. DER GRUNDSATZ DER NORMENKLARHEIT UND NORMENBESTIMMTHEIT

Verschiedentlich wird in der Rechtsprechung die Klarheit und Bestimmtheit einer Rechtsnorm als Erfordernis des Rechtsstaats genannt. Es ist zweifelhaft, was damit gemeint ist.

a) Das BVerfG hat zu diesem Grundsatz in dem Urteil zu den Apothekenstoppgesetzen[3] ausgeführt: "Wenn ein Gesetz nicht selbst den gesetzlichen Tatbestand festlegt, sondern auf andere Normen verweist, so muß es, um den Anforderungen der Rechtssicherheit zu genügen, für den Rechtsunterworfenen klar erkennen lassen, was Rechtens sein soll." Da die beiden Apothekenstoppgesetze diesen Anforderungen, "die aus rechtsstaatlichen Gründen an ein Gesetz zu stellen sind",

---

1) Württ.-Bad. VGH, VerwRspr. 9, 980 (985).

2) So ist das BVerfG vor allem in BVerfGE 8, 276 ff. vorgegangen. Vgl. ferner BVerfGE 13, 153 (160 ff.), die sich fast wörtlich auf BVerfGE 8, 274 ff. stützt. - Sehr viel weiter als die oben dargelegte Rechtsprechung geht H.J. Wolff, indem er behauptet, daß Ermächtigungen an die Exekutive auch zu Eingriffen in Freiheit und Eigentum durch Generalklauseln erteilt werden dürfen. Im Gegensatz zur Rechtsprechung des BVerwG (E 2, 114) hält er es für ausreichend, "wenn Inhalt und Zweck der Ermächtigung erkennbar und diese nicht maßlos ist", § 30 III a.

3) BVerfGE 5, 25 (31).

nicht entsprachen, wurden sie vom BVerfG für verfassungswidrig und nichtig erklärt. Eine ähnliche Formulierung findet sich in BVerfGE 8, 274 (302), mit der das Gericht den Vorwurf der Verfassungswidrigkeit einer Norm zurückgewiesen hat: "Denn ein Gesetz kann für das, was gelten soll, auch auf nicht mehr in Kraft befindliche Normen Bezug nehmen. Notwendig ist nur, daß klar erkennbar ist, welche Bestimmungen Gesetzeskraft haben sollen." So einleuchtend diese Ausführungen zu sein scheinen, so bedenklich erweist sich die Auffassung des BVerfG.

Die Verfassungswidrigkeit der Apothekenstoppgesetze[1] wird zunächst mit deren Widerspruch zur Rechtssicherheit begründet. Die Rechtssicherheit ist in der Verfassung nicht enthalten. Sie ist - zusammen mit der Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit - ein dem Recht immanenter Wertbegriff[2]. Allein durch sein bloßes Dasein sucht jedes Gesetz der Rechtssicherheit zu dienen, wenn auch nicht immer in vollkommener Weise. Ein Gesetz kann inhaltlich unzweckmäßig, ja sogar ungerecht sein, dennoch ist der Konflikt zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit regelmäßig zugunsten des positiven Rechtssatzes zu lösen. Die Rechtssicherheit verlangt auch, daß man auf den Fortbestand eines einmal erlassenen Gesetzes vertrauen und sich darauf einrichten kann. Sie ist Teil des Rechtes selbst, jedoch kein positiver Verfassungsrechtssatz. Nun soll die Rechtssicherheit aber ein wesentliches Element des rechtsstaatlichen Prinzips sein[3]. Damit wird vorerst nur eine unbestimmte Formel durch die andere ersetzt, ohne daß in der Sache selbst etwas ausgesagt wird. Klarheit und Bestimmtheit eines Gesetzes sind daher auf ihre Eignung als Maßstab für dessen Verfassungsmäßigkeit zu untersuchen.

Bei den Apothekenstoppgesetzen ging es weder um die Bestimmtheit einer Ermächtigung noch um die Zulässigkeit unbestimmter Gesetzesbegriffe, sondern um das Problem der "lex dispergens". Es tritt auf, wenn der Gesetzgeber auf Normen verweist und es anderen Stellen überläßt, diese zu setzen und zu ändern; oder wenn der Gesetzgeber die Normen, auf die er verweist oder deren konkreten Inhalt nicht in seine Willensvorstellung aufgenommen hat, sondern eine allgemeine Gruppenbezeichnung wählt[4]. Ein verfassungsrechtliches Bei-

---

1) Der maßgebliche § 1 beider Gesetze lautete übereinstimmend: "Bis zum Inkrafttreten einer bundesgesetzlichen Regelung des Apothekenwesens darf die Erlaubnis oder die Berechtigung zur Errichtung einer Apotheke nur auf Grund der Bestimmungen erteilt werden, die am 1.10.1945 in den einzelnen Ländern des Bundesgebiets galten."

2) Schätzler, NJW 1957, 121.

3) Vgl. z.B. BVerfGE 2, 380 (403); 3, 225 (237).

4) Schätzler, S.122.

spiel dafür ist Art. 3 II, 117 I GG. Demnach bezieht sich die Bestimmtheit des Gesetzesinhalts auf den Willen des Gesetzgebers[1]).

Die Unbestimmtheit oder Unklarheit kann ein gesetzgebungstechnisches oder ein substantielles Rechtsproblem meinen. Nur das erstere kommt hier in Betracht. Durch den Erlaß eines unklaren Gesetzes durchbricht der Gesetzgeber nicht etwa die ihm gezogenen Schranken; er erbringt vielmehr nur eine unvollkommene Leistung[2]). Klarheit und Bestimmtheit sind Güteeigenschaften; fehlen sie, dann ist das Gesetz schlecht. Es ist auch unzweckmäßig, weil es sein Ziel nur unvollkommen oder gar nicht erreicht. Die Grenze zum substantiellen Rechtsproblem liegt dort, wo die Norm nicht mehr anwendbar ist. Diese Grenze wurde durch die Apothekenstoppgesetze aber nicht überschritten, was Schätzler in seiner Besprechung des genannten Urteils nachgewiesen hat[3]). Bloße Unvollkommenheit eines Gesetzes berechtigt aber nicht zu dessen Aufhebung. Es ist auch nicht rechtsstaatswidrig. In Wahrheit hat das BVerfG diese Gesetze nicht auf Rechtmäßigkeit, sondern auf Durchführbarkeit geprüft. Es hat sie verworfen, weil es sie für schlecht hielt. Auf die Möglichkeiten, mit Kriterien wie "gleich, gerecht, billig, sozial, rechtssicher, demokratisch, rechtsstaatlich usw.", die man alle aus dem GG entwickeln könnte, den Willen der Mehrheit zu durchkreuzen und die eigenen Vorstellungen zu oktroyieren, sei hier nur hingewiesen.

Aber auch dort, wo ein Gesetz wegen mangelnder Bestimmtheit nicht vollziehbar ist, liegt kein Verstoß gegen rechtsstaatliche Grundsätze vor. Die Bestimmtheit einer Rechtsnorm ist eine logische Voraussetzung ihrer Geltungskraft. Ein Gesetz, das auf nicht erkennbare Rechtsnormen verweist, ist eben kein gültiges Gesetz; man könnte es als "Scheingesetz" bezeichnen, weil es zwar den äußeren Anschein der Gültigkeit für sich hat, inhaltlich, materiell aber nicht voll-

---

1) Das wird in Leitsatz 14 von BVerfGE 1, 14 (16) deutlich, wo es heißt: " "Wenn die Fassung eines Gesetzes seinen wirklichen Gehalt nicht zum Ausdruck bringt, wenn sie mißverständlich oder irreführend ist, oder wenn das Gesetz in sich widerspruchsvoll ist, kann es wegen Widerspruchs mit den Grundsätzen des Rechtsstaats nichtig sein."

2) Das verkennt Dürig, Maunz-Dürig, Rnr. 89 zu Art. 20, wenn er diese Gesetze für rechtsstaatswidrig hält, weil es unvollkommene Gesetze seien, "die sich um den eigentlichen Gesetzesbefehl drücken und die Verantwortung verlagern". Dürig sieht von diesen Gesetzen aus eine Beziehung zu dem Verbot des Gewaltenteilungsprinzips, "typische Funktionen anderen Gewalten preiszugeben". Das trifft zwar für die Unbestimmtheit einer Ermächtigungsnorm zu, nicht aber für die hier in Frage stehenden Verweisungsnormen.

3) A.a.O.

zogen werden kann. Kann es aber nicht vollzogen werden, dann kann es auch nicht in die geschützte Rechts- und Freiheitssphäre des Bürgers eingreifen. Solche unvollziehbaren Rechtsnormen sind aber schon wegen des unerträglichen Widerspruchs zur Rechtsidee selbst aufzuheben, ohne daß das Rechtsstaatsprinzip, das auf Fälle dieser Art eben nicht paßt, herangezogen werden kann.

b) Klarheit und Bestimmtheit von Rechtsnormen kann man aber auch auf Ermächtigungen zu Rechtsverordnungen oder belastenden Verwaltungsakten beziehen. In diesem Sinne wird der Ausdruck vom BVerwG[1] angewandt. Rechtsstaatlichen Grundsätzen entspricht danach eine Vorschrift, "wenn und soweit sich aus ihr der Inhalt mit ausreichender "Bestimmbarkeit" ermitteln läßt, was von den pflichtigen Personen verlangt wird". Als unbestimmbar hat das BVerwG den Begriff "ästhetisch befriedigend" in § 1 Baugestaltungsverordnung angesehen und die Vorschrift insoweit für nichtig angesehen. Es ist zutreffend, wenn das BVerwG ausführt, die Anschauungen in Fragen der Ästhetik seien ganz unterschiedlich. Kann aber nicht eindeutig festgestellt werden, was "ästhetisch befriedigend" ist, könnte die Verwaltung von Fall zu Fall nach Gutdünken entscheiden. Das wäre in der Tat nicht rechtsstaatlich. Freilich bringt ein so verstandener Grundsatz der Normenklarheit nichts Neues; er deckt sich vollkommen mit der Forderung nach spezifizierten Eingriffsermächtigungen.

c) Auch außerhalb von Rechtsnormen, die zu Eingriffen in Freiheit und Eigentum des Bürgers ermächtigen, kann Klarheit und Bestimmtheit der verwendeten Gesetzesbegriffe gefordert werden. Diese Fallgruppe ist gemeint, wenn etwa BVerfGE 9, 223 (229) ausführt, der Begriff "besondere Bedeutung" in § 24 I Ziff. 2 GVG, wonach die Staatsanwaltschaft in bedeutenderen Fällen von Vergehen, statt beim Amtsgericht, auch Anklage beim Landgericht erheben kann, sei "nicht so unbestimmt, daß er gegen das rechtsstaatliche Gebot der Normenklarheit verstieße oder gar unpraktikabel wäre". Unbestimmte Gesetzesbegriffe sind auch im Rechtsstaat unentbehrlich. Das Gesetz kann nicht für jeden denkbaren Lebenssachverhalt die Lösung vorschreiben. Gerade das würde oft zu unbeabsichtigten Härten führen und der Verwaltung die Möglichkeit nehmen, dem Einzelfall weitgehend gerecht zu werden. Unbestimmte Gesetzesbegriffe werden in der Rechtsprechung daher zu Recht für zulässig erachtet[2]. Rechtsstaatlich bedenklich sind sie nur dann, wenn sie der Verwaltung einen unbegrenzten,

---

1) BVerwGE 2, 172 (175).

2) Dabei wird nicht immer zwischen Beurteilungsspielraum und Ermessen unterschieden. Siehe dazu die Beispiele aus der Rechtsprechung des BVerwG bei Bachof, Verfassungsrecht, S. 229 ff.

praktisch unüberprüfbaren Beurteilungsspielraum eröffnen[1]. Die Sachlage wäre dann in rechtsstaatlicher Hinsicht der unbestimmten Ermächtigung gleichzusetzen. Nur in diesem Umfang könnte Klarheit einer Rechtsnorm gefordert werden. Damit aber ist der Anwendungsbereich für einen selbständigen Grundsatz der Normenklarheit im Gebiet unbestimmter Gesetzesbegriffe sehr eng.

V. DER GERICHTSSCHUTZ DURCH UNABHÄNGIGE GERICHTE

1. Der rechtsstaatliche Charakter der richterlichen Unabhängigkeit

Das GG weist in Art. 92 die rechtsprechende Gewalt unabhängigen Richtern (Art. 97) zu. Die richterliche Gewalt wird gemäß Art. 20 II 2 von Legislative und Exekutive organisatorisch getrennt und mit Unabhängigkeit ausgestattet, um ihre Rechtsprechungsaufgabe einwandfrei erfüllen zu können und eine Einwirkung der beiden anderen Gewalten auf konkrete Entscheidungen des Richters zu verhindern. Die Art. 92 und 97 GG verwirklichen damit die Gewaltenteilung auf dem Gebiet der Rechtsprechung[2].

Das Prinzip der Gewaltenteilung schließt dasjenige der richterlichen Unabhängigkeit allerdings nicht vollständig ein, sondern bezieht sich nur auf die richterliche Selbständigkeit gegenüber Gesetzgebung und Verwaltung. Es umfaßt dagegen nicht die Unabhängigkeit des Richters gegenüber anderen Quellen möglicher Einflußnahme auf seine Tätigkeit, wie z.B. den Prozeßparteien und nichtstaatlichen Mächten und Gruppen[3]. Nur mit dem ersten Aspekt haben wir es hier zu tun, während die übrigen Teilbegriffe richterlicher Unabhängigkeit ausgeklammert werden müssen.

Über den Zusammenhang mit der Gewaltenteilung hinaus ist die richterliche Unabhängigkeit aber auch ein selbständiges Rechtsstaatsprinzip[4]. Sie will den

---

1) Vgl. dazu BVerwGE 12, 20 (26 f.), wo der Begriff der "persönlichen Eignung" von Offizieren als gültig anerkannt wird. Solche Regelungen sollten eine seltene Ausnahme bleiben!

2) Maunz-Dürig, Rnr. 74 zu Art. 20; Bettermann, Grundrechte, S.616.

3) Vgl. zu diesem Problemkreis Eichenberger, S.43 ff.; Bettermann, S.525. Beide Autoren unterscheiden mehrere Teilbegriffe der richterlichen Unabhängigkeit.

4) So auch Eichenberger, S.73 f. Vgl. zur Geschichte Kern, Gerichtsverfassungsrecht, S.79 f.

von der Idee des Rechtsstaats geforderten qualifizierten Rechtsschutz ermöglichen. Ohne diese Unabhängigkeit wäre ein richterlicher Rechtsschutz nicht zu unterscheiden von Einrichtungen gleicher Zielsetzung innerhalb der rechtsetzenden und vollziehenden Gewalt. Bei dieser Verselbständigung des Unabhängigkeitsprinzips im Gefüge der den Rechtsstaat bestimmenden Grundsätze und Forderungen darf aber nicht übersehen werden, daß es im letzten keinen Eigenwert und keinen Selbstzweck darstellt, sondern bezogen bleibt auf die rechtsstaatliche Aufgabe der richterlichen Gewalt.

2. Die Wesensmerkmale des Gerichts

In den ersten Jahren nach Erlaß des GG war streitig, welchen rechtsstaatlichen Anforderungen eine Einrichtung entsprechen mußte, um als Gericht im Sinne der Verfassung gelten zu können, und ob diese Erfordernisse für alle Gerichte, vor allem auch die Sonderverwaltungsgerichte, gleich seien. Drei Punkte wurden dabei immer wieder hervorgehoben[1]:

1. Die Ausübung einer rechtsprechenden Tätigkeit
2. durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfene Richter,
3. in einem Verfahren, das den an ein Prozeßverfahren zu stellenden Mindestanforderungen, insbesondere hinsichtlich des rechtlichen Gehörs (Art. 103 I GG), genügt.

a) Der erste Punkt ist zwar keine spezifisch rechtsstaatliche Voraussetzung, aber für ein Gericht begriffswesentlich[2]. Zu ergänzen ist lediglich, daß es sich selbstverständlich um staatliche Rechtsprechung handeln muß. Eine mittelbare Rechtsprechung nach Art der mittelbaren Staatsverwaltung durch öffentlich-rechtliche Verbände und sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts gibt es dabei nach dem GG nicht[3]. Ebenso gehört hierher nicht die Streitentscheidung durch private Gerichte, wie z.B. die Schiedsgerichte.

b) Im Vordergrund der rechtsstaatlichen Problematik steht der zweite Punkt. Allgemein ist anerkannt, daß der Richter nur dem Gesetz unterworfen ist und daß im übrigen Weisungen in bezug auf seine Rechtsprechungstätigkeit unzulässig sind[4]. Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob über diese sog.

---

1) Z.B. Württ.-Bad. VGH, ESVGH 1, 3 f.; BayVGH, VGHE N.F. 5 I 26 ff.; OVG Saarland, AS 6, 36.

2) Siehe zur Definition der Rechtsprechung Eichenberger, § 1; H.J. Wolff, § 19 I und zum Begriff des Gerichts Kern, Gerichtsverfassungsrecht, S. 124 ff.

3) Bettermann, S. 629.

4) Z.B. BVerwGE 4, 331 (334); BFH 58, 666.

sachliche Unabhängigkeit hinaus auch die persönliche Unabhängigkeit für ein Gericht unerläßlich ist. Als Elemente der persönlichen Unabhängigkeit bezeichnet man die Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit des Richters, die Art. 97 II 1 GG mit den folgenden Worten umschreibt: "Die hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellten Richter können wider ihren Willen nur kraft richterlicher Entscheidung und nur aus Gründen und unter den Formen, welche die Gesetze bestimmen, vor Ablauf ihrer Amtszeit entlassen oder dauernd oder zeitweise ihres Amtes enthoben oder an eine andere Stelle oder in den Ruhestand versetzt werden." Die persönliche Unabhängigkeit ist kein Gegensatz zur sachlichen Unabhängigkeit, sondern soll die Freiheit bei der richterlichen Entscheidung sichern. Persönliche Unabhängigkeit erscheint somit als Garantie der sachlichen im Sinne einer Voraussetzung oder eines Begriffselements[1]. Das GG garantiert sie nach dem Wortlaut des Art. 97 II 1 nur den "hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellten" Richtern[2], läßt also die Verwendung von Richtern zu, die nicht die Wesensmerkmale des Art. 97 tragen und folglich nicht die persönliche Unabhängigkeit genießen. Andererseits ist Art. 97 aber keine Ausnahmevorschrift, sondern sieht den unabsetzbaren und unversetzbaren Richter als den Normaltypus an. Nur in bestimmten, noch zu besprechenden Ausnahmefällen dürfen die Gerichte mit nicht hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellten Richtern besetzt werden. Grundsätzlich wird das in der Rechtsprechung anerkannt und die persönliche Unabhängigkeit der Richter auch für die besonderen Verwaltungsgerichte als unabdingbar angesehen. Verschiedene abweichende Urteile, die an die Sonderverwaltungsgerichte weniger strenge Anforderungen stellen[3], sind heute überholt.

c) Der dritte Punkt, das geordnete Verfahren mit Gewährleistung des rechtlichen Gehörs, ist kein Wesensmerkmal des Gerichts, wenn die Anerkennung einer Spruchbehörde als Gericht auch von der Rechtsprechung vielfach davon

---

1) Eichenberger, S.53.

2) BVerfGE 4, 345: "Es ist also nicht so, daß ein Richter kraft GG auch persönliche Unabhängigkeit erwirbt, sobald er nur an einer vom Gesetzgeber als Gericht qualifizierten Dienststelle beschäftigt wird." A.A. Teutsch, DÖV 1950, 170.

3) BayVGH, VGHE N.F. 2 I 78 = DVBl. 1950, 381 mit abl. Anm. Freytag für die Spruchstellen bei den oberen Siedlungsbehörden; OVG Lüneburg, OVGE 5, 266, 5, 276; 5, 352 f.; 5, 362 f. für die Oberversicherungsämter und 5, 392 f. für die Beschwerdeausschüsse bei den Landesämtern für Soforthilfe.

abhängig gemacht wurde[1]). Das rechtliche Gehör als selbständiger rechtsstaatlicher Grundsatz wird bereits durch Art. 103 I GG gesichert. Darüber hinaus stellt das Grundgesetz, außer in Art. 103 III, keine Prozeßmaximen auf. Diese haben also grundsätzlich keinen Verfassungsrang, so wichtig sie auch sein mögen. Selbst wenn man einigen darunter aber Verfassungsrang zuerkennen wollte, so wäre damit nur gesagt, daß sie eben für das Verfahren jedes Gerichts ohne Rücksicht auf das geltende Prozeßrecht Gültigkeit haben. Sie würden dadurch jedoch nicht zu Bestandteilen des Gerichtsbegriffs, denn die Gerichtsqualität entscheidet über die Verfahrensgestaltung, nicht aber umgekehrt[2]).

d) Aus dem Zusammenhang der richterlichen Unabhängigkeit mit der Gewaltenteilung ergibt sich ferner, daß die Trennung der Gerichtsorgane von den Verwaltungsbehörden - ebenso von Regierung und Parlament - für den Begriff des Gerichts wesensnotwendig ist, wie auch in der Rechtsprechung hervorgehoben wird[3]). Danach verbietet sich die Mitwirkung aktiver Verwaltungsbeamter in einem Rechtsprechungskörper. Diese Frage ist heute durch § 4 des Richtergesetzes vom 8. September 1961 (BGBl. I 1665) endgültig im Sinne der Unvereinbarkeit von Richteramt und Verwaltungstätigkeit beantwortet. Dennoch bleiben die dazu ergangenen Entscheidungen für die rechtsstaatliche Thematik von Interesse. Das BVerfG[4]) und das BVerwG[5]) sehen die Grenze einer zulässigen Verzahnung von Rechtsprechung und Verwaltung dort, wo dem Spruchkörper institutionell ein Mitglied angehört, das als weisungsgebundener Beamter die gleiche Materie zu bearbeiten berufen ist, über die er als unabhängiger Richter zu entscheiden hat. Dabei kommt es nicht darauf an, ob er im Einzelfall in einer seiner richterlichen Entscheidung unterliegenden Sache verwaltend

---

1) BVerwGE 1, 6; BGH, VerwRspr. 8, 487; OVG Lüneburg, DVBl. 1951, 349; OVG Münster, OVGE 12, 6 ff.; HessVGH, VerwRspr. 6, 618; OVG Hamburg VerwRspr. 4, 855; LVG Köln, ZBR 1958, 207. In der Literatur verlangen das geordnete Verfahren H.J. Wolff, MDR 1951, 68 f.; Holtkotten, Bonner Komm. Art. 92 Erl. II 2b; Kern, Gerichtsverfassungsrecht, S. 126.

2) Ebenso Bettermann, S. 641.

3) BVerfGE 4, 331 (344); 10, 200 (216); BVerwGE 4, 191 f.; 8, 350 (354); BGH, VerwRspr. 8, 487; OVG Münster, OVGE 4, 11 f.; OVG Rh-Pf, AS 5, 170; OVG Saarland, AS 6, 36; ebenso W. Jellinek, DÖV 1950, 515; Kern, DÖV 1954, 675.

4) BVerfGE 4, 331 (346 f.)

5) BVerwGE 1, 6 ff.; 4, 192.

tätig gewesen ist[1]). Die Verwendung von Verwaltungsbeamten als Richter im Nebenamt muß wegen der mangelnden persönlichen Unabhängigkeit nach der Rechtsprechung die Ausnahme bilden[2]). Sie dürfen auch nicht den Vorsitz führen[3]).

e) Kein rechtsstaatliches Merkmal eines Gerichts ist die ausschließliche oder überwiegende Besetzung mit Berufsrichtern. Die Auffassung des VGH Freiburg[4]), daß bei einem nur mit Laien besetzten Gericht ein Rechtsmittel an ein Gericht gegeben sein müsse, das auch mit Berufsrichtern besetzt sei, lehnt BVerwGE 1, 62 mit Recht ab, denn aus der Verfassung läßt sich ein Satz dieses Inhalts nicht ableiten.

3. Die persönliche Unabhängigkeit des Richters bei der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung beschäftigt sich fast ausschließlich mit der persönlichen Unabhängigkeit, ein Zeichen dafür, daß hier ein noch nicht vollständig gelöstes Problem des Rechtsstaats liegt.

a) Insbesondere die Beschäftigung von Hilfsrichtern wirft Streitfragen auf. Die Hilfsrichter sind hauptamtliche und beamtete Berufsrichter, aber sie sind noch nicht "planmäßig endgültig angestellt" im Sinne des Art. 97 II 1 GG, entweder überhaupt nicht bei einem Gericht, oder doch nicht bei dem Gericht, bei dem sie derzeit amtieren. Die erste Gruppe sind die Hilfsrichter im engeren Sinne, sie werden auch beauftragte Richter genannt[5]). Die zweite Gruppe sind die Hilfsrichter kraft Abordnung, zu einem anderen Gericht abgeordnete Planrichter. Die Bedenken gegen die Verwendung von Hilfsrichtern bestehen vor allem darin, daß sie möglicherweise in die Gefahr geraten, sich bei ihren Entscheidungen von dem Gedanken an die Zustimmung der vorgesetzten Dienststelle beeinflussen zu lassen und so ihre innere Unabhängigkeit zu verlieren[6]). Daher ist

---

1) Abweichend BFH 56, 417, wo die Mitwirkung eines beamteten Beisitzers aus der Finanzverwaltung in einem Finanzgericht für zulässig erachtet wurde.

2) HessVGH, ESVGH 1, 6; BayVerfGH, VGHE N.F. 7 II 107 (111).

3) OVG Rh-Pf, AS 5, 169; OVG Münster, OVGE 4, 12.

4) NJW 1952, 319.

5) Nicht zu verwechseln mit den beauftragten Richtern i.S. der Prozeßgesetze (§ 361 ZPO).

6) BGHZ 12, 3; 22, 142 f.

nach ständiger Rechtsprechung des BGH die Mitwirkung von Hilfsrichtern nur dann statthaft, wenn "ein wirkliches, auf andere Art nicht zu befriedigendes vorübergehendes Bedürfnis" vorliegt[1], wobei der Begriff des vorübergehenden Bedürfnisses nach BGHZ 22, 143 f. eng aufgefaßt werden muß. Die Mitwirkung ist ferner zulässig, um Richter vor der endgültigen Anstellung oder Beförderung zu erproben. Dagegen ist die Justizverwaltung bei einem dauernden Bedarf an zusätzlichen Richterkräften zur Bewältigung der anfallenden Geschäfte verpflichtet, neue Richterplanstellen zu schaffen und zu besetzen. Bei Verwendung von Hilfsrichtern, deren vorübergehende statt endgültige Anstellung nicht durch die genannten Bedürfnisse gerechtfertigt wird, ist das Gericht nicht ordnungsgemäß besetzt[2].
Streitig war bis vor kurzem, ob in einer Kammer oder einem Senat mehr als ein Hilfsrichter mitwirken darf[3]. In jüngster Zeit hat sich BVerfGE 14, 156 (161 ff.) mit dieser Frage eingehend auseinandergesetzt. Das BVerfG ist der Ansicht, aus dem GG sei weder abzuleiten, daß jedenfalls ein Hilfsrichter beigezogen, noch daß niemals mehr als ein Hilfsrichter mitwirken dürfe. Grundsätzlich sei aber die Zahl der beschäftigten Hilfsrichter auf das unumgänglich notwendige Maß zu beschränken. Damit ihr Anteil auch innerhalb der Kammern und Senate so gering wie möglich gehalten werde, seien die Hilfsrichter gleichmäßig auf Gerichte, Kammern und Senate zu verteilen. In aller Regel werde die Beteiligung mehrerer Hilfsrichter die verfassungsrechtlichen Grenzen überschreiten und nur in Ausnahmefällen zwingend notwendig sein. Das BVerfG verlangt ferner, daß die Hilfsrichter zur Mitwirkung an richterlichen Entscheidungen gleichmäßig herangezogen werden. Die Justizverwaltung habe aus diesen Gründen nur ein beschränktes Ermessen bei Maßnahmen, die die Verteilung der Hilfsrichter mttelbar beeinflussen. Die Konsequenz aus den rechtsstaatlichen Bedenken hat nunmehr § 29 Richtergesetz gezogen, indem er bestimmt, daß bei einer gerichtlichen Entscheidung nicht mehr als ein Richter auf Probe oder ein Richter kraft Auftrags oder ein abgeordneter Richter mitwirken darf.

b) Ähnlich wie den Hilfsrichtern fehlte auch den Mitgliedern der nach dem zweiten Weltkrieg gebildeten Spruchkammern in der amerikanischen Zone die persönliche Unabhängigkeit. Dennoch wird ihnen in BGHZ 10, 58 Gerichts-

---

1) BGHZ 12, 4; 20, 210; 20, 250; 22, 144; 34, 261.

2) Siehe Anm. 1, ferner OLG Karlsruhe, NJW 1957, 1357; BSG 9, 137.

3) Bejahend BGHZ 12, 1; BGH, NJW 1957, 1762. Verneinend OLG Karlsruhe, NJW 1957, 1357; Kern, JZ 1956, 167, 542. Ausdrücklich offen gelassen in BGHZ 22, 148; stillschweigend in BGHZ 20, 210; BGHSt. 8, 160; 9, 107.

eigenschaft zugesprochen. Nicht zu überzeugen vermag der Hinweis des BGH darauf, daß z.B. auch die Verwendung von Hilfsrichtern in der ordentlichen Gerichtsbarkeit für zulässig erachtet werde. Während es dort immer nur um die teilweise Besetzung von Rechtsprechungskörpern mit Hilfsrichtern geht, die Rechtsprechung also überwiegend durch Richter auf Lebenszeit ausgeübt wird, konnten alle Mitglieder der Spruchkammern jederzeit abberufen werden; keines war demnach persönlich unabhängig. In Wahrheit handelt es sich um eine Ausnahmeerscheinung der Nachkriegszeit, die mit rechtsstaatlichen Maßstäben nicht gemessen werden kann.

c) Auch bei den hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellten Richtern ist die persönliche Unabhängigkeit gegenüber der Exekutive nicht lückenlos gewährleistet. Erinnert sei nur an die weitgehende Abhängigkeit bei Anstellung und Beförderung von Richtern[1]). Allerdings ist bei der Forderung nach Unabhängigkeit des Richters von staatlicher Einflußnahme eine Einschränkung zu machen. Unabhängigkeit bezieht sich immer nur auf die eigentliche richterliche, d.h. rechtsprechende Tätigkeit, nicht aber auf die Aufgaben der Justizverwaltung. Das folgt aus dem auf die unparteiische Rechtsprechung gerichteten Zwecke dieses Prinzips. Mögen auch zuweilen Querverbindungen zwischen beiden Aufgabenbereichen bestehen mit der Folge, daß eine Weisung hinsichtlich einer Verwaltungsaufgabe zugleich die innere Entscheidungsfreiheit des Richters berührt, so würde es doch eine Überspannung des Unabhängigkeitsprinzips bedeuten, wollte man es auf jede denkbare Möglichkeit psychologischer Einwirkung[2]) erstrecken, mag diese auch noch so entfernt und geringfügig sein. Es bedeutet daher keinen Verstoß gegen Art. 97 GG, wenn einem Richter eine einmal erteilte Funktion der Justizverwaltung wieder entzogen wird. Man kann dem BVerwG[3]) deshalb zustimmen, wenn es die Abberufung aus der Funktion des Dienstaufsichtsrichters für unbedenklich erachtet. Das muß jedenfalls dann gelten, wenn, wie in dem vom BVerwG entschiedenen Fall, weder der Dienstrang, die Amtsbezeichnung, noch die Besoldung und die richterliche Stellung als Kammervorsitzender angetastet wurden[4]).

---

1) Vgl. Baur, S.21, 26 f.

2) Zu Recht weist Baur, S.21, darauf hin, daß die psychologischen Voraussetzungen für die richterliche Unabhängigkeit der rechtlichen Weisungsfreiheit gleichwertig sind. Dennoch sind graduelle Abstufungen unerläßlich.

3) BVerwGE 11, 195 (208 ff.).

4) A.A. Kern, Gerichtsverfassungsrecht, S.102 für den Fall, daß einem Landgerichts- oder Verwaltungsgerichtspräsidenten durch die Regierung Verwaltungsgeschäfte entzogen werden.

d) Mit der Frage der Vereinbarkeit der Dienstaufsicht über die Richter mit dem Unabhängigkeitsprinzip befaßt sich BSG 2, 201 (206 ff.)[1]. Das BSG erklärt diese auch dann für verfassungsrechtlich zulässig, wenn sie durch eine Verwaltungsbehörde ausgeübt wird, die in der Regel Aufsichtsbehörde eines am sozialgerichtlichen Verfahren Beteiligten ist. Der Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen. Allerdings berühren und begrenzen Maßnahmen der Dienstaufsicht streng genommen immer die richterliche Unabhängigkeit, wenn das BSG auch meint, es bestünden in dieser Hinsicht keine Bedenken, da sich die Unabhängigkeit der Richter nur auf deren rechtsprechende Tätigkeit beziehe. Aufsichtsmittel sind aber nur soweit wirksam, als sie mit unmittelbaren Abhängigkeiten drohen, solche erzeugen und unterhalten. Der Idee nach richten sie sich nur gegen den Richter und seine Amtsführung, nicht aber gegen den bestimmten Richterspruch. Sie sollen den Inhalt der richterlichen Tätigkeit nicht festlegen, sondern auf den äußeren formelhaften Ablauf gerichtet sein. Da die Aufsichtsmittel aber auch an konkreten Umständen, z.B. an einem bestimmten Richterspruch oder an einem bestimmten Verhalten des Richters, anknüpfen können, läßt sich diese Vorstellung praktisch nicht rein verwirklichen. Solche Begrenzungen der richterlichen Unabhängigkeit sind aber hinzunehmen, da auch der Richter nicht frei von Verantwortung für sein Handeln sein kann. Im übrigen können auch die besten Sicherungen der richterlichen Unabhängigkeit nicht Charakter und Mut ersetzen, wenn es gilt, die eigene Überzeugung zu vertreten und zu behaupten[2].

e) Die persönliche Unabhängigkeit erfordert auch eine gewisse Sicherung der wirtschaftlichen Stellung des Richters. Dazu gehört nach BVerfGE 12, 81 (97) die angemessene feste Besoldung[3]. Eine Einflußnahme der Exekutive auf den Status des Richters ist insbesondere dadurch zu vermeiden, daß das Aufsteigen des Richters im Gehalt gesetzlich normiert wird und nicht etwa dem Ermessen

---

1) Vgl. zu der gesamten Problematik besonders Baur, a.a.O.

2) Vgl. dazu Eichenberger, S.238 und Anm. 1 und 2.

3) Ebenso Kern, Gerichtsverfassungsrecht, S.103. Die Loslösung der Entschädigung des Richters von Leistungen der Parteien (Sporteln, Prinzip der "Selbsterhaltung" der Gerichte durch Gebühren), die Umwandlung der Natural- in Geldentlöhnung und die schließliche Überführung in geregelte staatliche Besoldung bilden Stufen in der Entwicklung der richterlichen Unabhängigkeit. Vgl. dazu Erich Döhring, Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500, Berlin 1953, S.75 ff.

der Exekutive überlassen bleiben darf[1].

f) Der schwerste Eingriff in die richterliche Entscheidungsfreiheit wäre eine willkürliche Entlassung des Richters durch die Anstellungsbehörde. Der Gesetzgeber darf aus diesem Grunde für die Beendigung des Richteramtes keine Tatbestände schaffen, die es der Verwaltung ermöglichen, das Ausscheiden eines Richters aus dem Amt nach Belieben herbeizuführen. Diese Möglichkeit bestand aber nach § 11 I 2 des bad.-württ. Gemeindegerichtsgesetzes. Nach dieser Bestimmung war bei denjenigen Gemeinderichtern, die zugleich Beamte oder Angestellte der Gemeinde waren, mit dem Ausscheiden aus dem Gemeindedienst der Verlust des Richteramtes verbunden. Mit Recht hat BVerfGE 14, 56 (71) eine solche Regelung für verfassungswidrig erklärt.

VI. DER GESETZLICHE RICHTER

1. Art. 101 I 2 GG als Bestandteil des Rechtsstaats

Wie die richterliche Unabhängigkeit, so ist auch der Grundsatz des gesetzlichen Richters eine Folge des Prinzips der Gewaltenteilung[2]. Das Verbot des Art. 101 I 2 GG, daß niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden darf, will die rechtsprechende Gewalt[3] in erster Linie von Einflüssen der vollziehenden und gesetzgebenden Gewalt freihalten und deren Einmischung verhindern, gleichgültig, ob es sich um Richterverdrängung, Richterentziehung oder Richterbehinderung handelt. Durch dieses Entziehungs- und Einmischungsverbot dient Art. 101 I 2 zugleich der richterlichen Unabhängigkeit, steht also mit ihr in engem Zusammenhang[4].

---

1) So auch Kern, Gerichtsverfassungsrecht, S. 104. Darum bestimmte auch § 7 GVG: "Die Richter beziehen in ihrer richterlichen Eigenschaft ein festes Gehalt mit Ausschluß von Gebühren."

2) BGHZ 20, 357; Hamann, Anm. A 1 zu Art. 101.

3) Art. 101 I 2 gilt nur für staatliche Gerichte, BGHZ 29, 354. Zweifelhaft ist, ob der Grundsatz auch in der Gruppe von Verfahren vor den Verfassungsgerichten gilt, in denen die Antragsteller keine eigenen Rechte verfolgen. Dahingestellt in BVerfGE 13, 132 (140); für das Normenkontrollverfahren verneint in BVerfGE 2, 79 (91).

4) Ebenso Kern, Gerichtsverfassungsrecht, S. 148, 149, 156.

Der Grundsatz des gesetzlichen Richters erschöpft sich aber nicht in einem gegen Exekutive und Legislative gerichteten Einmischungs- und Behinderungsverbot; er richtet sich - über diesen historischen Ursprung hinaus erweitert - auch an die dritte Gewalt[1]. Er verbietet nicht allein ungesetzliche Zuständigkeitsverschiebungen zwischen den Gewalten und Behinderungen der Richtertätigkeit durch nichtrichterliche Staatsorgane, sondern auch ungesetzliche Zuständigkeitsveränderungen innerhalb der Rechtsprechung, die Richtervertauschung oder Richterauswechslung. Allein durch Rechtssatz soll die Zuständigkeit des Richters generell und abstrakt bestimmt werden.

Art. 101 I 2 GG ist zugleich ein Grundrecht mit alter Tradition[2]. Der grundrechtliche Gehalt wird besonders deutlich, wenn man diese Bestimmung positiv liest: "Jedermann hat Anspruch auf seinen gesetzlichen Richter."[3] Als Grundrecht enthält Art. 101 I 2 ein Willkürverbot: die Obrigkeit soll nicht nach Belieben, nach ihrem freien Ermessen und damit auch nach politischer Opportunität bestimmen können, welches Gericht mit welcher Besetzung der Bürger anzurufen hat. Durch diese Tendenz, den Grundrechtscharakter sowie den Zusammenhang mit Gewaltenteilung und richterlicher Unabhängigkeit, verbürgt der Grundsatz des gesetzlichen Richters die "Rechtsstaatlichkeit auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung"[4].

Aus der Vielzahl der zu Art. 101 I 2 GG ergangenen Gerichtsentscheidungen lassen sich drei große Gruppen bilden: die erste Gruppe nimmt Stellung zu der Frage, in welcher Art und Weise die Zuständigkeit zwischen den Gerichten zu bestimmen ist (siehe unter 2.), die zweite zu der Frage, wie die Zuständigkeit innerhalb eines Gerichts zu verteilen ist (siehe unter 3.), und die dritte Gruppe befaßt sich mit dem Problem eines möglichen Entzugs des gesetzlichen Richters durch richterliche Maßnahmen (siehe unter 4.).

2. Die Zuständigkeitsverteilung zwischen den Gerichten

a) Art. 101 I 2 GG verlangt die Zuständigkeitsbestimmung durch Gesetz. Sie muß so eindeutig sein, daß jeder seinen gesetzlichen Richter im voraus mit

---

1) BVerfGE 3, 359 (363 ff.).

2) Hamann, Anm. A 4 zu Art. 101; Bettermann, Grundrechte, S. 556 f. und für die verfassungsgeschichtlichen Nachweise S. 543 Anm. 74.

3) OLG Bremen, NJW 1958, 432: "Art. 101 I 2 verleiht jedem Staatsbürger einen Anspruch auf Gewährung des gesetzlichen Richters."

4) BVerfGE 4, 412 (416) = JZ 1956, 407 mit Anm. von Kern; BGHSt. 2, 4 (10) 8, 241.

Sicherheit erkennen kann[1]. Im voraus bedeutet dabei: vor Verwirklichung des einen gesetzlichen Tatbestand bildenden Sachverhalts und für eine Vielzahl von Fällen. Hieraus ergibt sich das Problem, ob diejenigen Regelungen des positiven Rechts zulässig sind, die den Richter ermächtigen, die Zuständigkeit von sich aus zu bestimmen, sei es, daß er die örtliche oder sachliche Zuständigkeit festlegt, oder über die Zulassung von Rechtsmitteln entscheidet.
Rechtsstaatlich unbedenklich sind die Fälle des Kompetenzkonflikts, in denen der Richter in Wahrheit die Zuständigkeit nicht konstitutiv bestimmt, sondern nur deklaratorisch über sie entscheidet, weil sie streitig oder ungewiß ist. Aus diesem Grunde hat auch das BVerfG[2] § 7 II und III EGZPO, der die bindende Entscheidung über die Zuständigkeitskonkurrenz zwischen oberstem Landesgericht und BGH dem ersteren überträgt, für verfassungsgemäß erklärt. Der Entscheidung ist zuzustimmen, denn die Zuständigkeit ist geregelt, der Richter hat sie nur zu klären, ohne daß er sie damit selbst festlegt oder ändert. Sein Richterspruch ist kein Willensakt, sondern reiner Erkenntnisakt[3].
Problematisch sind hingegen die Fälle, in denen der Richter die Zuständigkeit konstitutiv bestimmt. Es genügt nicht allein, daß er bei dieser Tätigkeit richterliche Unabhängigkeit genießt, um die aus Art. 101 I 2 bestehenden Bedenken dagegen zu zerstreuen, daß eben nicht abstrakt-generell durch Rechtssatz, sondern konkret-individuell durch ein Organ der dritten Gewalt die Zuständigkeit festgelegt wird. Wie wir schon sahen, will Art. 101 I 2 GG nicht nur gegen behördliche, vielmehr auch gegen richterliche Willkür schützen. Dieser Gesichtspunkt gewinnt gerade heute angesichts der Ausweitung und Überhöhung der richterlichen Gewalt besondere Bedeutung. Deshalb soll die Zuständigkeit nur rechtssatzmäßig begründet werden. Es ist daher dem BFH[4] zuzustimmen, der einen Verstoß gegen die Verfassung darin sieht, daß die Zuständigkeit auf dem Wege der Rechtsprechung begründet wird. Andererseits erklärt das BSG in einer Entscheidung[5] ganz allgemein, gesetzlicher Richter sei auch der gerichtlich für zuständig erklärte Richter[6].

---

1) BVerfGE 6, 46 (50); BFH 75, 437 (442). Das Gesetz darf daher auch kein echtes (Handlungs-) Ermessen einräumen, so Bettermann, S.562.
2) BVerfGE 6, 45 (50).
3) Bettermann, S.568.
4) BStBl. 1958 III 198 (200).
5) BSG 5, 2.
6) Das positive Verfahrensrecht enthält zahlreiche Zuständigkeitsregelungen, die von dem hier vertretenen Standpunkt aus unzulässig sind. Vgl. dazu die Beispiele bei Bettermann, S.569.

Auch die richterliche Zulassung von Rechtsmitteln berührt entgegen der oben erwähnten Entscheidung des BSG das Problem des gesetzlichen Richters. Sie muß daher ebenso rechtssatzmäßig und darf nicht von Fall zu Fall geregelt werden wie die Frage, ob jemand den Richter überhaupt anrufen kann. Das bedeutet jedoch nicht, daß der Richter über die Zulassung eines Rechtsmittels nicht konstitutiv entscheiden dürfe. Der Gesetzgeber muß nur tatbestandsmäßig möglichst genau festlegen, in welchen Fällen der Richter das Rechtsmittel zulassen muß und in welchen er es nicht darf [1].

b) Mehrere Entscheidungen beschäftigen sich mit der Entschließungsfreiheit der Staatsanwaltschaft bezüglich der Wahl des Gerichts, bei dem sie Anklage erheben will[2]. Eine solche Wahlmöglichkeit ist deshalb problematisch, weil die Regierung über die Staatsanwaltschaft als weisungsgebundene Behörde die Zuständigkeit im Einzelfall politisch manipulieren kann[3]. Nach BVerfGE 9, 223 ff. ist die bewegliche Zuständigkeitsregelung der §§ 24 I 2, 74 I 2 GVG nicht verfassungswidrig. Der wegen des Legalitätsprinzips ohnehin enge Ermessensspielraum der Staatsanwaltschaft bei der Bestimmung des Begriffes "besondere Bedeutung" in § 24 I 2 GVG ist nach Ansicht des BVerfG durch verfassungskonforme Auslegung dahin auszulegen, daß die Staatsanwaltschaft, wenn sie die besondere Bedeutung des Falles auf Grund ihrer Prüfung bejaht, Anklage beim Landgericht erheben muß. Für eine Anklage beim Amtsgericht bleibt unter dieser Voraussetzung kein Raum. Der Entscheidung ist unter den weiteren Bedingungen zuzustimmen, daß diese Vorschriften der Staatsanwaltschaft auch keinen Beurteilungsspielraum darüber einräumen, ob der Fall besondere Bedeutung hat und ferner die §§ 209, 270 StPO über die Korrekturmöglichkeiten des Gerichts weit genug ausgelegt werden. Dann allerdings kann von einem Ermessen im Sinne einer echten Wahlmöglichkeit zwischen mehreren rechtlichen Möglichkeiten nicht mehr die Rede sein[4]. Abzulehnen ist dagegen BGHSt. 13,

---

1) Notfalls muß das unter Zuhilfenahme unbestimmter Rechtsbegriffe geschehen. Siehe zum Problem der richterlichen Zuständigkeitsbestimmung Bettermann, S. 567 - 571.

2) Diese Regelung nahm in den Notverordnungen vom 6.10.1931 und 14.6. 1932 ihren Ausgangspunkt und erlebte ihren Höhepunkt in der Zuständigkeits VO vom 21.2.1940 (§§ 4, 5, 9, 14). Das Vereinheitlichungsgesetz vom 12.9.1950 (BGBl. I S.455) hat sie sodann übernommen.

3) Vgl. auch die Bedenken bei Kern, Gerichtsverfassungsrecht, S.150 f.; Schorn, Menschenwürde, S.41 f.

4) Für die Vereinbarkeit des § 24 I 2 GVG mit Art. 101 I 2 GG spricht sich auch BGHSt. 9, 369 aus, ferner BGHSt., NJW 1958, 918, aber mit sehr

297. In Anlehnung an die beiden oben angeführten Entscheidungen soll auch die Regelung des § 26 GVG, die der Staatsanwaltschaft eine echte Wahl zwischen Amtsgericht und Jugendgericht einräumt, mit Art. 101 I 2 GG vereinbar sein. Anders als in § 24 I 2 steht aber der klare Wortlaut des § 26 GVG einer verfassungskonformen Auslegung entgegen und fehlen die Korrekturmöglichkeiten der §§ 209, 270 StPO. Auch die Rücknahme der Anklage nach § 156 StPO und die Wiederholung der Klageerhebung kann nach BGHSt 14, 11 einen Verstoß gegen Art. 101 I 2 bedeuten, wenn dies geschieht, um eine im Zwischenverfahren zutage getretene, für den Erfolg der Anklage möglicherweise ungünstige Auffassung des zuerst angerufenen Gerichts zu umgehen. Mit Recht hat der BGH ein derartiges Vorgehen für unzulässig erklärt[1]).

3. Die Zuständigkeitsverteilung innerhalb desselben Gerichts

Mit der Überschrift ist das Thema der Geschäftsverteilung[2]) angesprochen. Es betrifft ebenso wie die Regelung der Zuständigkeit zwischen den Gerichten den Grundsatz des gesetzlichen Richters[3]). Der jährliche Geschäftsverteilungsplan umfaßt nicht nur die Verteilung der Geschäfte (nach Gattungsmerkmalen), sondern er muß auch die Richter auf die Kollegien verteilen. Es muß abstrakt und generell festgelegt werden, welcher Richter für welche Sache zuständig ist. Somit ist die Richterverteilung nur die andere Seite der Geschäftsverteilung. Die Rechtsprechung legt deshalb an die Formen und Grenzen, in denen Geschäftsverteilungsmaßnahmen zulässig sind, strenge rechtsstaatliche Maßstäbe an.

a) Die Geschäfte und Richter sind grundsätzlich am Anfang des Jahres und allein durch das Präsidium zu verteilen. Eine Verteilung der Geschäfte unter die Straf-

---

anfechtbarer Begründung und ohne die oben gemachten Einschränkungen. A.A. Eberhardt Schmidt, Lehrkomm., Nr. 439.

1) Man wird de lege ferenda fordern müssen, daß wie früher die Aburteilung der einzelnen Straftatbestände jeweils bestimmten Gerichten abstrakt zugewiesen wird. Zum Problem der Wahlzuständigkeit in Strafsachen siehe ferner Oehler, ZStrW 64, 292; Bockelmann, Kern-Festgabe, 1957, S. 357 und NJW 1958, 889; Eb. Schmidt, MDR 1958, 722; Dallinger, MDR 1957, 113 ff.

2) Man spricht auch von der Selbstverwaltung der Gerichte. Siehe dazu Kern, Gerichtsverfassungsrecht, S. 156 und die Nachweise S. 147.

3) BVerfGE 4, 412 (416) = JZ 1956, 407 mit Anm. von Kern; BGHSt. 8, 241; VGH Stuttgart, DÖV 1958, 502; Schorn, Präsidialverfassung, S. 16 ff.; Eb. Schmidt, Lehrkomm. Nr. 391, 439.

kammern nach dem zeitlichen Eingang der Sachen bei der Geschäftsstelle ist unzulässig[1]). Auch verstößt es gegen den Grundsatz des gesetzlichen Richters, wenn ein Landgerichtspräsident die Schwurgerichtsmitglieder ad hoc für die jeweilige Sitzung bestimmt[2]), oder das Präsidium den Präsidenten ermächtigt, an seiner Stelle die Geschäfte zu verteilen[3]). Alle derartigen Maßnahmen würden die Generalität und Objektivität des Plans illusorisch machen. Das gilt auch für die Bestellung von Vertretern über das gesetzlich erlaubte Maß hinaus. So darf nach BGHZ 15, 135 (139) neben einem (dauernd verhinderten) ordentlichen Vorsitzenden einer Kammer im Interesse der eindeutigen Feststellbarkeit des gesetzlichen Richters ein weiterer ordentlicher Vorsitzender als dauernder Vertreter nicht bestellt werden. In der Tat kennt § 66 I GVG nur eine vorübergehende Vertretung durch ein Mitglied der Kammer. Es ist auch nicht statthaft, einem "chronischen" Richtermangel dadurch abzuhelfen, daß der Landgerichtspräsident gemäß § 67 GVG zeitweilige Vertreter bestellt. Gegen ein solches Verfahren wendet sich BGHSt. 7, 205 (209) mit überzeugenden Gründen. Der BGH führt u.a. aus, es könne sogar die ordnungsgemäße Besetzung aller Kammern in Frage gestellt sein, wenn ein Landgericht zu wenig Richterkräfte hat und daher schon bei Aufstellung des Geschäftsverteilungsplans vorauszusehen sein sollte, daß er im wesentlichen nicht eingehalten werden kann und die Kammern nur durch die außerordentlichen Maßnahmen des § 67 GVG arbeitsfähig erhalten werden können. Der § 67 GVG gibt kein allgemeines "Notverordnungsrecht" für den Fall ständigen Versagens des Geschäftsverteilungsplans, da sonst der Landgerichtspräsident jederzeit nach seinem Ermessen einen Richter für verhindert erklären und einen anderen Richter aussuchen könnte[4]). Bei der letztgenannten Entscheidung drängt sich der Vergleich mit den zum Problem der Hilfsrichter ergangenen Urteilen auf. Hier wie dort hatte der BGH gesetz- und verfassungswidrige Praktiken zu rügen, zu denen es aus ständigem Richtermangel gekommen war. Die Beispiele zeigen, wie immer wieder rechtsstaatliche Erfordernisse offenbar durch fiskalische Erwägungen der Justizverwaltung in Frage gestellt werden, die es versäumt, einem dringenden Bedürfnis an zusätzlichen Richtern rechtzeitig abzuhelfen.

b) Die Folgerungen, die sich aus dem Grundsatz des gesetzlichen Richters für die geschäftsplanmäßige Verteilung der Berufsrichter ergeben, gelten in gleicher Strenge auch für die Mitwirkung der Schöffen und Geschworenen in den

---

1) BGHSt 15, 117.

2) BGHSt. 8, 240 f.

3) BGHSt. 3, 354.

4) Bedenken gegen die Rechtsstaatlichkeit des § 67 GVG äußert Bettermann, S.555 Anm. 125.

Rechtsprechungskörpern. Die Reihenfolge ihrer Teilnahme an den ordentlichen Sitzungen des Jahres wird durch das Los bestimmt; damit steht auch bei den Laienrichtern der gesetzliche Richter von vornherein fest (§ 45 II GVG). Diese Reihenfolge ist strikt einzuhalten. Sie darf auch in besonderen Situationen, z.B. bei Verhinderung oder Erkrankung eines Schöffen aus Gründen der Zweckmäßigkeit nicht geändert werden. Auch dort, wo, wie in § 49 II GVG, das Gesetz selbst eine Abweichung von der Reihenfolge der Schöffenliste vorsieht, darf eine solche Vorschrift jedenfalls nicht durch Analogie erweitert werden. Gesetzwidrig ist es demnach, die nach der Schöffenliste berufenen Hilfsschöffen zugunsten desjenigen zu übergehen, der am Sitz des Gerichts als einziger telefonisch erreichbar ist[1]). Der gesetzliche Richter wird auch dann entzogen, wenn nicht zusätzlich, sondern an Stelle einer ordentlichen Sitzung eine außerordentliche unter Auslosung besonderer Schöffen (§ 48 I GVG) anberaumt wird[2]). Hier könnte der Vorsitzende durch Terminsänderungen die bei Jahresbeginn für eine ordentliche Sitzung bestimmten Schöffen durch neu ausgeloste ersetzen und sie so vom Richteramte ausschließen.

c) Streitig ist, ob die Überbesetzung von Kollegien mit Richtern gegen Art. 101 I 2 GG verstößt. Der BGH[3]) und ihm folgend der BFH[4]) verneinen diese Frage. Gesetzlicher Richter ist nach dem BFH "nicht der einzelne in einem Kollegialgericht mitwirkende Richter, auch nicht das Richterkollegium in einer bestimmten Zusammensetzung bei der Entscheidung, sondern das Richterkollegium als solches, mithin die Kammer, der Senat"[5]). Nach einer älteren Entscheidung des BGH[6]) soll Art. 101 I 2 GG durch die Überbesetzung gefährdet erscheinen. Die Ansichten in der Literatur sind geteilt. Teils hält man die Besetzung von Kollegialgerichten mit mehr als der gesetzlich vorgesehenen Zahl von Richtern für zulässig[7]), teils wird sie abgelehnt und eine innerkollegiale Geschäftsverteilung verlangt[8]), die generell-abstrakt regelt, in welcher Reihenfolge die Beisitzer wechseln. Nur die zweite Auffassung kann als rechts-

---

1) BGHSt. 5, 74 f.
2) BGHSt. 11, 55 f.
3) BGHZ 20, 357 ff.
4) BFH 75, 425 (429).
5) BFH, a.a.O.
6) BGHZ 15, 135 (139), ohne daß das Problem hier zu entscheiden war.
7) Kern, Der gesetzliche Richter, S.177; ders. DRiZ 1959, 142 und Gerichtsverfassungsrecht, S.151 f.; Schröder, DRiZ 1959, 321.
8) Bettermann, S.555 f. Ablehnend auch Berger, NJW 1955, 1138, Schorn, Präsidialverfassung, S.85 und Menschenwürde S.45 ff.; Arndt, DRiZ 1959, 171 und JZ 1956, 633.

staatlich anerkannt werden. Die geltende Praxis stellt es jedoch in das Ermessen des Vorsitzenden, die Beisitzer auszuwählen und legt damit die jeweilige Zusammensetzung des Gerichts in die Hand des Richters.

d) In anderem Zusammenhang wurden dagegen ähnliche richterliche Einflußmöglichkeiten schon für unzulässig erklärt. So kann nach BVerwGE 8, 350 (355) der Gesetzgeber weder die Festlegung der Zahl noch die Entscheidung darüber, inwieweit sich das Gericht aus rechtskundigen und aus anderen Richtern zusammensetzen soll, dem zur Sachentscheidung berufenen Gericht übertragen. Gerade das aber sah § 18 VII 2 in Verbindung mit § 18 IV 2 des Patentgesetzes vor. Der aus Technikern bestehende Beschwerdesenat konnte nach seinem Ermessen über die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Zuziehung eines Juristen entscheiden und damit die Zusammensetzung des Gerichts bestimmen. Auch aus diesem Grunde, wenn auch vor allem wegen der mangelnden Trennung von der Verwaltung, sprach das BVerwG dem Patentamt die Gerichtseigenschaft ab[1].

4. Richterliche Maßnahmen und gesetzlicher Richter

Seiner geschichtlichen Entwicklung nach wandte sich der Grundsatz des gesetzlichen Richters zunächst gegen die außerhalb der Gerichtsorganisation stehenden Behörden und Personen. Wie bereits mehrfach erwähnt, gilt er nach heutiger Anschauung aber auch für die Gerichte selbst[2]. Allerdings ergreift Art. 101 I 2 GG nicht alle Maßnahmen der Gerichte. Für den internen Gerichtsbereich garantiert er nur einen Schutz gegen "willkürliche Vertauschung des gesetzlichen Richters mit einem anderen Subjekt"[3], nicht aber gegen alle Arten von Verfahrensirrtümern, wie z.B. die irrtümliche Annahme der Zuständigkeit[4], die irr-

---

1) Die Folgerungen aus BVerwGE 8, 350 wurden durch die Errichtung des Patentgerichts gezogen (Art. 96 a I und III GG, §§ 36 b ff. PatentG).

2) BVerfGE 4, 412 (416); 7, 327 ff.; BayVerfGH, VGHE N.F. 9 II 123 (129 ff.); 16, 13; 16, 64; Kern, Der gesetzliche Richter, S. 185, 191; Schorn, Menschenwürde, S. 49; Bettermann, S. 544.

3) Kern, Der gesetzliche Richter, S. 186, 214 und Gerichtsverfassungsrecht, S. 150. Weitergehend aber Arndt, JZ 1956, 633, der im Gegensatz zu Kern, JZ 1956, 411 Sp. 2 den Begriff der Willkür objektiv bestimmen will. Gegen das Kriterium der Willkür überhaupt ist Ostler, JR 1957, 454. Vgl. auch Schorn, Menschenwürde, S. 50.

4) BGHSt. 11, 106.

tümliche Nichtzulassung der Berufung im sozialgerichtlichen Verfahren[1]), die Überschreitung richterlicher Befugnisse[2]), die versehentliche Abgabe einer Sache an eine andere Abteilung desselben Gerichts[3]), die irrtümliche Rückverweisung einer Sache[4]) oder die nicht ausdrückliche Entscheidung über ein unzulässiges oder offensichtlich unbegründetes Ablehnungsgesuch[5]). Auch Maßnahmen der Gerichte, die als Rechtsverweigerung in ihren verschiedenen Formen - z.B. durch Nichterledigung von Sachen - einschließlich der Verweigerung des rechtlichen Gehörs und der Justizverzögerung aufzufassen sind, fallen nicht unter Art. 101 I 2 GG[6]). Dieser Verfassungsgrundsatz gibt keinen Anspruch auf Rechtsschutz oder Justizgewährung, sondern enthält nur eine Garantie gesetzlicher Zuständigkeitsordnung.

VII. DAS RECHTLICHE GEHÖR

1. Das rechtliche Gehör als oberster Verfahrensgrundsatz des Rechtsstaats

Nicht nur das materielle Recht muß den Grundsätzen des Rechtsstaats entsprechen. Auch überall dort, wo der Bürger Beteiligter an einem staatlichen Verfahren ist, muß die betreffende Verfahrensordnung sicherstellen, daß er nicht lediglich als Objekt behandelt wird, sondern daß seine Menschenwürde und seine Grundrechte nicht angetastet werden. Diesem Ziel dient der in Art. 103 I GG verankerte Grundsatz des rechtlichen Gehörs. Die Zahl der einschlägigen Gerichtsentscheidungen ist heute kaum mehr zu übersehen, so daß nur das vom rechtsstaatlichen Standpunkt aus Wesentliche aufgezeigt werden kann[7]).

a) Art. 103 I gewährt in erster Linie das Recht auf Gehör vor den Gerichten aller Art. Das rechtliche Gehör ist einmal eine prozessuale Notwendigkeit,

---

1) BSG 5, 1; 5, 152.
2) BVerfGE 3, 359 (363).
3) BGHZ 6, 178 (182).
4) BVerfGE 7, 327 ff.
5) BVerfGE 11, 1 (6).
6) Kern, Der gesetzliche Richter, S.203, 204; Bettermann, S.559. A.A. BVerfGE 3, 359 (364), das sich aber zu Unrecht auf Kern beruft.
7) Wegen der Einzelheiten vgl. von Winterfeld, NJW 1961, 849; Lesser, DRiZ 1960, 420; Röhl, NJW 1958, 1268 und NJW 1953, 1531.

denn in aller Regel kann ein Gericht über einen Lebenssachverhalt kein abschließendes rechtliches Urteil fällen, wenn es nicht die Beteiligten vorher anhört. Die Anhörung ist daher zunächst Voraussetzung einer richtigen Entscheidung. Darin erschöpft sich aber ihr eigentlicher Sinn nicht. Nicht nur das Interesse an der Aufklärung der Tatsachen- und Rechtslage macht die Stellungnahme der Beteiligten notwendig, sondern nach BVerfGE 9, 89 (95) "fordert die Würde der Person, daß über ihr Recht nicht kurzerhand von Obrigkeits wegen verfügt wird; der einzelne soll nicht nur Objekt der richterlichen Entscheidung sein, vielmehr soll er vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort kommen, um Einfluß auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können"[1]. Die Menschenwürde ist damit letzter Grund des rechtlichen Gehörs[2]. Wegen der Wahrung der Menschenwürde hat Art. 103 I GG den Vorrang gegenüber Erwägungen prozessualer Zweckmäßigkeit, vor allem neben solchen der Verfahrensvereinfachung und -beschleunigung.

b) Seine Begründung findet Art. 103 I GG aber nicht nur in der Menschenwürde, sondern auch im Rechtsstaatsprinzip[3]. In der Rechtsprechung wird das rechtliche Gehör daher auch als rechtsstaatlicher Grundsatz bezeichnet, ohne daß die Entscheidungen sich allerdings näher darüber auslassen. So nennt BVerfGE 1, 332 (347) Art. 103 I GG lediglich einen rechtsstaatlichen Grundsatz, und BVerfGE 9, 89 (95) spricht zwar von diesem Verfassungssatz als "einer Folgerung aus dem Rechtsstaatsgedanken für das Gebiet des gerichtlichen Verfahrens", stützt ihn aber letztlich auf die Menschenwürde. Anscheinend setzt das BVerfG hier beide Prinzipien gleich. Die Menschenwürde umfaßt aber wesentlich mehr als das Rechtsstaatsprinzip, wenn sich mitunter auch Berührungspunkte ergeben. Eine Gleichsetzung ist nicht nur bedenklich, sie ist auch unergiebig. Auch für die Menschenwürde ist nur durch sorgfältige und vorsichtige Untersuchung zu ermitteln, was sie im Einzelfall gebietet. Sie könnte daher zur Konkretisierung der Rechtsstaatlichkeit kaum beitragen. Die rechtsstaatliche Wurzel des rechtlichen Gehörs ergibt sich aber aus seinem Zusammenhang mit dem Grundrechtssystem: einerseits werden durch das GG in verstärktem Maße Grundrechte ge-

---

1) Vgl. auch BVerfGE 7, 275 (278).

2) Ebenso Hamann, Anm. A 3 zu Art. 103 I GG; Arndt, NJW 1959, 6 ff.; Röhl, NJW 1958, 1268; Maunz-Dürig, Rnr. 5 zu Art. 103 I GG. Nach Ule, DVBl. 1959, 541 "greift" die Rückführung des rechtlichen Gehörs auf die Achtung vor der Menschenwürde "zu tief".

3) So BVerfGE 1, 332 (347); 9, 89 (95); BayVerfGH, VGHE N.F. 4 II 21 (28); Jagusch, NJW 1959, 265 ff.; Arndt, NJW 1959, 1298; Hamann, Anm. A 1; Maunz-Dürig, Rnr. 4.

währt, andererseits genügt es jedoch nicht, die Grundrechte nur anzuerkennen, vielmehr müssen dem Bürger auch die Mittel an die Hand gegeben werden, diesen Gewährleistungen in der Praxis Beachtung zu verschaffen und sie zu verwirklichen. Gerade im gerichtlichen Verfahren ist die Möglichkeit, die Grundrechte geltend zu machen und kontradiktorisch zu behaupten, besonders wichtig. Diese Aufgabe erfüllt Art. 103 I GG. Zugleich ist dieser Verfassungssatz selbst ein Grundrecht[1]). Er verleiht keine materiellen Rechte gegenüber dem Staat, aber er gibt ein formelles Recht und die Möglichkeit, die vorausgesetzten materiellen Rechte zu erzwingen. Man kann ihn daher ein Prozeßgrundrecht nennen, eine formale Sicherung, die die Würde und Freiheit des Staatsbürgers im Gerichtsverfahren garantiert.

2. Der Inhalt des rechtlichen Gehörs

a) Der Anspruch auf rechtliches Gehör wird in der Rechtsprechung regelmäßig dahin bestimmt, daß den Beteiligten Gelegenheit gegeben werden muß, sich zu dem einer gerichtlichen Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt vor ihrem Erlaß zu äußern. Daraus wird die Pflicht des Gerichts hergeleitet, seiner Entscheidung "nur solche Tatsachen und Beweisergebnisse zugrunde zu legen, zu denen Stellung zu nehmen den Beteiligten Gelegenheit gegeben war"[2]). Das gilt nach BVerwGE 13, 187 (190) ohne Rücksicht auf die Beweiserheblichkeit der vorgebrachten Tatsachen. Auch offenkundige und gerichtskundige Tatsachen machen keine Ausnahme; sie dürfen im Urteil nicht verwendet werden, ehe nicht die Beteiligten Gelegenheit hatten, sich zu ihrer Offenkundigkeit und Tragweite zu äußern. Außerdem haben die Prozeßbeteiligten aber auch einen Anspruch auf rein rechtliche Ausführungen sowohl in der Revisionsinstanz, als auch in den Tatsacheninstanzen. Das wird heute überwiegend anerkannt[3]),

---

1) H.L. und Rspr.: BVerfGE 1, 332 (347); 1, 418 (429); 7, 275; Hamann, Anm. A 3; Maunz-Dürig, Rnr. 7. Arndt, NJW 1959, 6, spricht von "grundrechtsgleicher Gewährleistung"; vgl. auch Jagusch, NJW 1959, 265; Röhl, NJW 1953, 1531: "grundrechtsähnliches Recht." Gegen Art. 103 I GG als subj. Grundrecht Ule, DVBl. 1959, 541.

2) BVerfGE 1, 418 (429); 6, 12; 7, 275 (278); BVerwGE 2, 343; BayVerfGH, VGHE N.F. 10 II 1 (3); 11 II 190 (194); 13 II 14 (25); 14, 47; 15, 5 (7); 15, 38 (39).

3) So BVerfGE 9, 231 (235 f.); 9, 261 (266), allerdings ohne grundsätzliche Klärung der Frage; BGH, NJW 1959, 2214; OLG Celle, NJW 1963, 1320; unentschieden BVerfGE 8, 197 (206), wo offengelassen ist, ob ein Verstoß gegen § 265 StPO stets eine Verletzung des Art. 103 I GG bedeu-

obwohl eine grundsätzliche Stellungnahme des BVerfG noch aussteht. Dagegen ergibt sich aus Art. 103 I GG keine "Pflicht zum Rechtsgespräch"[1]). Überhaupt hat Art. 103 I nur eine Mindestforderung zum Inhalt; das rechtliche Gehör wird nur im Grundsatz gesichert. Im einzelnen hat der einfache Gesetzgeber einen weiten Spielraum, innerhalb dessen er bestimmen kann, in welchem Umfang und in welcher Weise rechtliches Gehör zu gewähren ist. Die jeweilige Verfahrensregelung muß aber der verfassungsgesetzlichen Mindestgarantie gerecht werden[2]). Eine mündliche Verhandlung ist zur Sicherung des rechtlichen

---

tet. Für grundsätzliche Erstreckung auf rechtliche Ausführungen auch BVerfGH, NJW 1959, 285. Allerdings ist nach dieser Entscheidung § 265 StPO nicht schlechthin ein Bestandteil des rechtlichen Gehörs. Trotz grundsätzlicher Anerkennung einschränkend auch BVerfGH, NJW 1962, 1387: Keine Zuleitung der Gegenäußerung der Staatsanwaltschaft an den Angeklagten, wenn diese nur Rechtsausführungen enthält, die an der rechtlichen Beurteilung des Sachverhalts nichts ändern. Etwas anderes soll für rechtliche Ausführungen einer Partei gelten, die dem Gericht "Anlaß bieten, seine bisherige, dem Gegner bekannte Meinung zu ändern", da sonst denkbar sei, daß sich ein Beteiligter im Vertrauen auf die ihm bekannte Rechtsansicht des Gerichts "abhalten lasse, eine - nunmehr doch wesentliche - Erklärung zum Sachverhalt abzugeben". Vgl. dazu auch BayVerfGH, NJW 1960, 1051; BVerwG, NJW 1961, 891; 1549; DÖV 1958, 510. Für die Erstreckung des rechtlichen Gehörs auf Rechtsfragen auch überwiegend die Rechtslehre: Arndt, NJW 1959, 6; ders. NJW 1959, 1298; Jagusch, NJW 1959, 266; Ule, DVBl. 1959, 542; v. Winterfeld, NJW 1961, 849; Hamann, Anm. B 1b; Maunz-Dürig, Rnr. 33. A.A. KG, NJW 1954, 1410; Röhl, NJW 1953, 1533; ders. NJW 1959, 285.

1) So aber Arndt, NJW 1959, 6 f., der meint, der Richter dürfe sich die rechtlichen Meinungen nicht nur anhören, sondern habe von sich aus handelnd darauf hinzuwirken, daß die Beteiligten verstehen und mitdenken, welche rechtlichen Erwägungen nach der Auffassung des Gerichts maßgeblich werden könnten. - Ablehnend BayVerfGH, VGHE N.F. 13 II 191, wonach eine solche Forderung dem § 139 ZPO nicht entnommen werden kann. Eine Pflicht, die Rechtlage zu erörtern, bestehe "jedenfalls dann nicht, wenn die Erklärungen und Anträge der Partei keiner Aufklärung bedürfen"; Jagusch, NJW 1959, 268.

2) Bedenklich daher die in BVerwGE 7, 230 vertretene Ansicht, Art. 103 I GG werde "nach Inhalt und Voraussetzung von der jeweils anzuwendenden Verfahrensordnung bestimmt". Einschränkend BVerwGE 11, 328 (330), wo

Gehörs nicht in jedem Falle erforderlich[1]). Wo das Gesetz eine solche nur fakultativ vorsieht, wie z.B. in der Tatsacheninstanz im Steuerprozeß (vgl. § 272 AO), wird Art. 103 I GG regelmäßig durch Nichtanberaumung der mündlichen Verhandlung nicht verletzt[2]).

b) Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs gilt für das Verfahren aller Zweige der Gerichtsbarkeit, ohne daß es darauf ankommt, ob für die betreffende Verfahrensart die Offizial- oder Verhandlungsmaxime gilt[3]), oder ob das Gericht echte Rechtsprechung oder materielle Verwaltung ausübt[4]). Art. 103 I GG gilt somit auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit[5]), im Kostenfestsetzungsverfahren[6]), im Freiheitsentziehungsverfahren nach Art. 104 GG[7]) usw. Je nach dem Sinn und Zweck des prozeßrechtlichen Verfahrens können sich auch Einschränkungen des rechtlichen Gehörs ergeben. So kann nach BVerfGE 9, 89 ff. eine Ausnahme vom Grundsatz der vorherigen Anhörung z.B. im Haftverfahren der StPO erforderlich sein, wo die "Sicherung gefährdeter Interessen" einen sofortigen Zugriff erforderlich macht, "der nicht nur eine Aufklärung des Sachverhalts nicht zuläßt, sondern sogar eine vorgängige Anhörung des Betroffe-

---

das Gericht meint, daß die Form des rechtlichen Gehörs sich in "weitem Umfang" nach der jeweiligen Verfahrensordnung richte.

1) BVerwGE 7, 230; OVG Münster, OVGE 9, 231 (233 f.).

2) BVerwG, MDR 1958, 446; BFH, BStBl. 1954 III 6; 1957 III 164. Allerdings weist der BFH in der ersten Entscheidung darauf hin, daß durch die Ablehnung der mündlichen Verhandlung der Anspruch auf ausreichendes rechtliches Gehör nicht verringert werden darf. Vgl. auch die Bedenken gegen die geltende Regelung in der AO bei Hessdörfer, Der Rechtsstaat, 1961, S. 144 ff. Der Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Finanzgerichtsbarkeit (Art. II § 78) beseitigt die bisherige Regelung und stellt den Grundsatz auf, daß Urteile auch im finanzgerichtlichen Verfahren auf Grund mündlicher Verhandlung ergehen. Nur im Einverständnis der Parteien kann das Gericht auch ohne mündliche Verhandlung entscheiden.

3) BVerfGE 7, 53 (57); OLG Celle, NJW 1958, 187; OLG Frankfurt, MDR 1958, 613.

4) Vgl. BVerfGE 9, 89 (97 f.).

5) BayObLGZ 56, 353 (360); 57, 53 (58); OLG Hamm, MDR 1956, 687 mit weiteren Nachweisen; OLG Köln, NJW 1956, 1925.

6) BVerfGE 7, 95 (98).

7) Württ.-Bad. VGH, ESVGH 1, 53 (60); OVG Münster, OVGE 6, 132.

nen ausschließt". Dem Hinweis auf die ähnliche Interessenlage bei den Verfahren des Arrestes und der einstweiligen Verfügung (§§ 916 ff. ZPO), sowie der einstweiligen Anordnung im Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren (§ 32 BVerfGG, § 123 VwGO) läßt sich entnehmen, daß Ausnahmen von der vorherigen Anhörung außer im Falle der notwendigen Überraschung des Betroffenen auch bei Eilbedürftigkeit der gerichtlichen Entscheidung gerechtfertigt sind. Nach zutreffender Ansicht des Gerichts verlangt dann aber der Rechtsstaatsgedanke, daß der Betroffene Gelegenheit zur nachträglichen Äußerung in einem Nachverfahren erhält.

c) Der Wortlaut des Art. 103 I GG gewährleistet rechtliches Gehör nur vor Gericht. Für das Verwaltungsverfahren kann aus dieser Verfassungsbestimmung weder unmittelbar noch im Wege der Analogie oder des Umkehrschlusses etwas entnommen werden. Aus dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit leitet die vorherrschende Meinung jedoch her, daß auch im Verwaltungsverfahren unter bestimmten Voraussetzungen rechtliches Gehör zu gewähren sei[1]). Die Voraussetzungen im einzelnen sind streitig. Nach Auffassung des HessVGH[2]) soll die Behörde auch ohne ausdrückliche gesetzliche Vorschrift aus rechtsstaatlichen Gründen verpflichtet sein, vor beschwerenden Eingriffen den Betroffenen zu hören, "soweit dem keine sachlichen Gründe wie bei Gefahr im Verzuge entgegenstehen". Der VGH Württ.-Baden[3]) hat dagegen ein allgemeines Recht auf Gehör im Verwaltungsverfahren unter Hinweis auf den umfassenden gerichtlichen Rechtsschutz abgelehnt und es vielmehr auf den einzelnen Fall abgestellt, ob rechtliches Gehör zu gewähren ist. Auf den umfassenden Rechtsschutz läßt sich allerdings die Ablehnung der vorherigen Anhörung nicht stützen, denn es ist etwas ganz anderes, ob das rechtliche Gehör schon im Verwaltungsverfahren oder erst nachträglich eingeräumt wird. Die Nachholung im Gerichtsverfahren kann seine Verletzung nur noch korrigieren, aber nicht mehr verhindern. Das rechtliche Gehör soll aber gerade die Gewähr dafür bieten, daß ein Beteiligter nicht zum Objekt eines Verfahrens wird[4]). Für das förmliche Verwaltungsverfahren erkennt das OVG Münster[5]) einen Anspruch auf Anhörung an, wenn es sich um die Entziehun

1) BVerwG, DVBl. 1958, 174; BayVGH, VGHE N.F. 4 I 164 (173); OVG Münster, DVBl. 1950, 674; OVGE 9, 231; VerwRspr. 11, 419 (433 f.); HessVGH, NJW 1956, 1940 mit zust. Anm. von Hamann; Württ.-Bad. VGH, VerwRspr. 2, 263 (267); 3, 431 (432); OVG Berlin, AS 6, 172; Forsthoff, Lehrbuch, S. 217; Hamann, Anm. B 2 b; Maunz-Dürig, Rnr. 92 mit weiteren Nachweisen.

2) NJW 1956, 1940.

3) VerwRspr. 8, 477 f.

4) Ebenso Maunz-Dürig, Rnr. 9.

5) OVGE 9, 231.

von Rechten handelt. Auch in der Literatur wird die Auffassung vertreten, daß die Gewährung des rechtlichen Gehörs Bestandteil des rechtlich geordneten Verfahrens sei und zumindest dort, wo es sich um die Entziehung von Rechten oder Vorteilen handelt, nach rechtsstaatlichen Grundsätzen geboten sei[1]). Dieser Ansicht ist zu folgen. Sie hat erfreulicherweise ihren Niederschlag in dem Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVerfG 1963) gefunden[2]). Der Entwurf geht in § 21 I 2 sogar noch einen Schritt weiter, indem er die vorherige Anhörung auch dann vorschreibt, wenn ein Antrag abgelehnt werden soll, der den Erlaß eines Verwaltungsakts zum Gegenstand hat, und zwar auch soweit eine Leistung beantragt ist. Allerdings müssen im Interesse der Gefahrenabwehr und wegen der Erhaltung der Handlungsfähigkeit der Verwaltung in größerem Umfang Ausnahmen und Beschränkungen des rechtlichen Gehörs hingenommen werden. Wann solche Ausnahmen vorliegen, läßt sich nicht allgemein sagen. Sie werden dort auftreten, wo eine Anhörung aus sachlichen Gründen nicht möglich ist, vor allem bei Gefahr im Verzuge oder weil wichtige öffentliche Interessen die sofortige Entscheidung gebieten[3]).

Die Folgen für den unter Verletzung des rechtlichen Gehörs ergangenen Verwaltungsakt sind umstritten. Teilweise wird angenommen, der Verwaltungsakt sei nur anfechtbar[4]). Nach anderer Auffassung ist nach dem Grade der Fehlerhaftigkeit zu unterscheiden: Grundsätzlich ist der Verwaltungsakt anfechtbar, in schweren Fällen der Verletzung des rechtlichen Gehörs ist er dagegen nichtig[5]). Streitig ist auch, wann ein Nichtigkeitsgrund vorliegt. Der BGH[6]) will es darauf abstellen, ob es sich "um einen dem Bereich der hoheitlichen Betätigung unzweifelhaft fremden, gesetzlich überhaupt nicht zu rechtfertigenden Akt reiner

---

1) Vgl. die in Anm. 1) auf S. 78 Genannten.

2) Der Entwurf verpflichtet die Verwaltungsbehörden sowohl im allgemeinen (§ 21) als auch im förmlichen Verwaltungsverfahren (§ 52) zur vorherigen Anhörung.

3) § 21 II EVwVerfG nennt daneben noch die Fälle, daß "durch die Anhörung die Einhaltung einer für die Entscheidung maßgeblichen Frist in Frage gestellt würde" oder daß "die Behörde eine Allgemeinverfügung oder gleichartige Verwaltungsakte in großer Zahl erlassen will". Weiter enthält § 80 Ausnahmen für den Verteidigungsfall.

4) HessVGH, NJW 1956, 1940; OVG Münster, VerwRspr. 11, 433 ff. OVG Berlin, AS 1, 135.

5) BGH, DÖV 1954, 438; BayVGHE N.F. 4 I 164 (173); Württ.-Bad. VGH, VerwRspr. 3, 432; VGH Bebenhausen, VerwRspr. 9, 663.

6) DÖV 1954, 438; ebenso VGH Bebenhausen, VerwRspr. 9, 664 f.

Willkür handelt". Dagegen hängt nach Ansicht des BayVGH[1] die Nichtigkeit "von der Schwere des Fehlers und davon ab, ob der Fehler bei Fortgang des Verfahrens nicht geheilt wird". Die Rechtsprechung des BGH erscheint zu eng, um alle möglichen Nichtigkeitsgründe zu erfassen. Daher ist der differenzierenden Rechtsprechung des BayVGH zuzustimmen. Unwesentlich für die Nichtigkeit eines Verwaltungsakts ist es allerdings, ob die Anhörung nachgeholt wird, denn die Möglichkeit einer Heilung ist erst dann zu prüfen, wenn die Rechtsfolgen feststehen. Im übrigen ist ein Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs heilbar, wenn der Beteiligte im Widerspruchsverfahren ausreichend gehört wird[2]. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren tritt eine Heilung dagegen nur ein, wenn der Beteiligte hinreichend gehört werden kann und das Gericht befugt ist, selbst in der Sache voll zu entscheiden. Beides ist z.B. nicht der Fall bei Ermessensentscheidungen, soweit sie der Kontrolle des Gerichts nicht unterliegen[3].

VIII. DAS SCHULDPRINZIP IM STRAFRECHT

Der Grundsatz, daß es keine Strafe ohne Schuld gibt, ist als Satz des heute geltenden Rechts von BGHSt. 2, 194 ff. (200) ausdrücklich anerkannt. Er ist die Folge einer langen geschichtlichen Entwicklung. Sehr vereinfacht pflegt man zu sagen, das Strafrecht sei von einem Anfangszustand der Erfolgshaftung immer mehr zur heutigen Schuldhaftung übergegangen. Die Gründe für die Entwicklung zu einer erhöhten Berücksichtigung der inneren, seelischen Seite der Straftat liegen weitgehend im Dunkeln[4]. Es läßt sich aber soviel sagen, daß die Idee des Rechtsstaats anderen Wurzeln entspringt als die des modernen Schuldstrafrechts. Ziel der rechtsstaatlichen Bewegung des vorigen Jahrhunderts war die "Verrechtlichung" des der Verwaltung unterliegenden Aufgabengebietes, um feste Maßstäbe für die Beurteilung der Beziehungen zwischen Bürger und Staat zu gewinnen. Für das Gebiet des Strafrechts als Teil des öffentlichen Rechts bestand aber auch in den Anfängen des Rechtsstaats bereits eine anerkannte normative Ordnung, die eben deshalb nicht Gegenstand rechtsstaatlicher Forderun-

---

1) VGHE N.F. 4 I 164 (173).

2) Vgl. dazu BVerwG, DVBl. 1958, 175; ferner Württ.-Bad. VGH, VerwRspr. 3, 342; Bay VGH, a.a.O.; eingehend dazu König, DVBl. 1959, 194 f.; § 35 Ziff. 2 EVwVerfG.

3) Ebenso Maunz-Dürig, Rnr. 96.

4) Vgl. Mezger, Strafrecht, 3. Aufl. 1949, S. 259 ff.

gen und Betrachtungen war. Auch wenn wir heute das Rechtsstaatsprinzip weiter fassen und ihm das gesamte öffentliche Recht unterstellen, dürfen wir doch die Ausgangspunkte und Grundgedanken nicht völlig unberücksichtigt lassen, wollen wir nicht Gefahr laufen, den Zusammenhang mit überlieferten Vorstellungen zu verlieren. Bisher sind das Rechtsstaatsprinzip und der Schuldgrundsatz auch nicht miteinander verknüpft worden. Erstmalig der BayVerfGH stellt diese Verbindung her, indem er es als rechtsstaatlichen Verfassungsgrundsatz bezeichnet, "daß ein Strafübel grundsätzlich nur bei strafrechtlichem Verschulden des Täters verhängt werden kann"[1]). Eine nähere Begründung für seine These gibt das Gericht nicht. Der Schuldgrundsatz wird auch auf Ordnungswidrigkeiten und Verwaltungsstrafen ausgedehnt. So soll nach BVerfGE 7, 319 die Buße nach § 17 G 131 für die Nichterfüllung von Unterbringungspflichten nur bei schuldhaften Zuwiderhandlungen verwirkt sein. Aus den angegebenen Gründen kann ein rechtsstaatlicher Grundsatz dieses Inhalts nicht anerkannt werden. Das gilt auch, soweit die Vermutung der Schuldlosigkeit eines Tatverdächtigen als rechtsstaatlicher Grundsatz angesehen wird und deshalb gegen Schuldvermutungen Bedenken

---

1) Der BayVerfGH fordert ferner für den Rechtsstaat, "daß das Strafübel in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Straftat und zum Verschulden des Täters stehen muß" und "daß dort, wo die Tat Grade des Verschuldens und der Schwere aufweisen kann, dem Richter grundsätzlich die Möglichkeit gegeben werden muß, die Strafe dem anzupassen". Ähnlich folgt nach BVerfGE 6, 389 (439) "aus den allgemeinen Prinzipien des GG, insbesondere dem Rechtsstaatsprinzip", daß "die angedrohte Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zu dem Verschulden des Täters stehen muß". Ein offensichtliches Unrecht ist danach mit dem Rechtsstaat nicht zu vereinbaren. Vgl. auch zum Begriff des "offensichtlichen Unrechts" in § 1 II Buchstabe d) des BundesversorgungsG BSG 6, 195. Nach dieser Entscheidung ist die Verurteilung zum Tode wegen Fahnenflucht im Felde und die Vollstreckung des Urteils auf Grund eines ordnungsgemäßen Militärstrafverfahrens kein offensichtliches Unrecht. Es liegt dagegen vor, wenn einem Sodaten, der 1944 in Belgien ein 15jähriges Mädchen vergewaltigt hatte, von der Militärführung nur eine halbe Stunde Zeit gelassen wurde, zwischen Selbsttötung und Kriegsgericht zu wählen. BSG 12, 122 (126) sah darin eine Verletzung des jedem Täter zustehenden Rechts auf Aburteilung nur in einem gerichtlichen Verfahren durch den gesetzlichen Richter, da das Vorgehen der Militärführung praktisch einer "Selbstjustiz" gleichkam.

angemeldet werden. Im Fall des § 4 Reugeldgesetz, wonach bei unbegründeter Nichtausnutzung von Einfuhrgenehmigungen ein sog. "Reugeld" zu zahlen ist, hat das BVerfG[1]) diese Vermutung nur damit gerechtfertigt, daß die Verwaltung auch von sich aus die Frage des "Vertreten-Müssens" zu prüfen habe und bei dem Reugeld das Unwerturteil und damit die strafrechtliche Vermutung der Schuldlosigkeit fehle[2]).

In der Literatur werden hingegen diese Grundsätze als Ausdruck der Menschenwürde angesehen[3]). Danach soll nur das Schuld-Strafrecht mit Art. 1 I GG vereinbar sein[4]). Die Unschuldsvermutung ergibt sich nach dieser Auffassung als die "selbstverständliche Folge eines nach Inhalt und Grenze durch das Gebot der Achtung der Menschenwürde bestimmten, auf dem Schuldprinzip aufbauenden materiellen Strafrecht"[5]). Dieser Begründung ist gegenüber der rechtsstaatlichen der Vorzug zu geben. Auch die Menschenwürde eines Verbrechers ist unantastbar, da sie mit seinem Menschsein unauflöslich verbunden ist. Dieses Menschsein gebietet, die persönliche Entscheidung des Rechtsbrechers für das Unrecht und gegen das Recht als Ausdruck seiner Persönlichkeit zu werten und ihn "beim Wort" zu nehmen. Der Menschenwürde widerspricht sowohl ein Erfolgsstrafrecht, das im Menschen nur den Bezugspunkt blinder kausaler Kräfte sieht, denen er ohnmächtig ausgeliefert ist, als auch ein soziales Schutzrecht, in dem der Täter nur als Glied einer Gemeinschaft, nicht aber in seiner Individualität als Mensch erscheint. Die Menschenwürde ist somit nur gewahrt durch das Schuldstrafrecht, das bei aller Nachdrücklichkeit der Strafandrohung die im sozialschädlichen Verhalten geoffenbarte Willensentscheidung als Grundlage und Maß der Strafe nimmt. Des weiteren fordert die Menschenwürde, daß der Tatverdächtige bis zum Beweise seiner Straftat von dem Vorwurf der Schuld freibleibt und nicht mit einem Makel belastet wird, der ihn schweren Nachteilen in der sozialen Um-

---

1) BVerfGE 9, 137 (152).

2) Mit ähnlichen Argumenten BVerfGE 9, 167 (169) für § 23 des Wirtschaftsstrafgesetzes v. 26.7.1949 (WiGBl. S.193). Der zunehmende Abbau von Vermutungstatbeständen in derartigen Gesetzen zugunsten des vollen Schuldnachweises ist nach dieser Entscheidung "als ein Ergebnis rechtsstaatlicher Ordnung zu werten, bedeutet aber nicht, daß die frühere Fassung geradezu als rechtsstaatswidrig und daher verfassungswidrig bezeichnet werden müßte".

3) Sax, S.937; Maunz-Dürig, Rnr. 31 zu Art. 1 GG; Wintrich, BayVBl. 1957, 139. - A.A. Welzel, Naturrecht und Rechtspositivismus, Festschrift für Niedermeyer, 1953, S.290; ähnlich Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 2. Aufl. 1955, S.198.

4) Vgl. Sax, a.a.O.

5) Sax, S.987.

welt aussetzt und von dem sich zu befreien ihm häufig nicht gelingen wird.

IX. DER RECHTSSCHUTZ GEGEN RECHTSVERLETZUNGEN DURCH DIE ÖFFENTLICHE GEWALT

1. Die Erweiterung des Gerichtsschutzes auf Grund des Art. 19 IV GG

a) Die seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts anhaltenden rechtsstaatlichen Bestrebungen, gegen Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt Rechtsschutz zu gewähren, finden ihre Krönung in Art. 19 IV GG. Was die anderen rechtsstaatlichen Grundsätze nur vorbereiten helfen, wird durch den umfassenden Rechtsschutz in vollem Umfang verwirklicht, indem die tatsächliche Beachtung rechtsstaatlicher Grundsätze gerichtlich jederzeit nachgeprüft werden kann und damit gewährleistet ist. Das gilt insbesondere für die Grundrechte, deren Zweck, die Individualsphäre gegenüber dem Staat abzusichern und zu erhalten, durch Art. 19 IV GG förmlich garantiert wird.
Nach überwiegender Meinung hat Art. 19 IV GG selbst Grundrechtscharakter im Sinne eines subjektiven öffentlichen Rechts[1]; er ist das "formelle Hauptgrundrecht"[2] des GG und ein "rocher de bronce" der staatsbürgerlichen Freiheit[3]. Durch diese Verfassungsvorschrift hat die allgemeine Rechtsstellung des einzelnen eine tiefgehende Änderung erfahren, die BVerwGE 1, 159 mit den Worten kennzeichnet: "Der einzelne ist zwar der öffentlichen Gewalt unterworfen, aber nicht Untertan, sondern Bürger. Darum darf er in der Regel nicht lediglich Gegenstand staatlichen Handelns sein." Feste rechtliche Sicherungen der eigenen Rechtsstellung gegenüber dem Staat und gerichtliche Garantie dieser Sicherungen, das sind die Kennzeichen dieser Änderung.

b) War der ältere Rechtszustand bestimmt durch eine nur teilweise Überprüfbarkeit hoheitlicher Akte, so gewährt Art. 19 IV nunmehr einen lückenlosen

---

1) Friesenhahn, DV 1949, 481; Bachof, Die Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 1951, S. 13 Anm. 6 und S. 84; ders. Gedenkschrift für W. Jellinek, 1955, S. 301; Klein, VVDStRL 8, 85 ff., 123; Bettermann, Grundrechte, III/2 S. 783; Menger, Grundrechte, III/2 S. 733; Loening, DÖV 1949, 325.

2) Klein, VVDStRL 8, 85 ff. und 123.

3) Bachof, DRZ 50, 246 im Anschluß an Klein, a.a.O. S. 88, BFH 55, 278.

gerichtlichen Rechtsschutz gegenüber Verletzungen individueller Rechte durch die öffentliche Gewalt[1]). Soweit das verwaltungsgerichtliche Verfahren in Betracht kommt, ist der Inhalt des Art. 19 IV heute in der Generalklausel des § 42 VwGO enthalten, seine unmittelbare praktische Auswirkung darum entsprechend gering. Dagegen hat Art. 19 IV GG auf anderen Gebieten allgemein den bisher verschlossenen Rechtsweg eröffnet oder, soweit dieser Einschränkungen vorsah, erweitert. Damit sind alle entgegenstehenden Vorschriften, auch des vorkonstitutionellen Rechts, unanwendbar geworden.
Ganz besonders die Finanzgerichtsbarkeit ist durch Art. 19 IV GG stark ausgedehnt worden und damit weitgehend den rechtsstaatlichen Anforderungen der Gegenwart angeglichen worden. Mit der Generalklausel des Art. 19 IV war die Regelung der AO (§ 304 a.F.), wonach gegen Beschwerdeentscheidungen der Oberfinanzdirektionen (OFD) - von den Sonderfällen des § 305 a.F. abgesehen - kein weiteres Rechtsmittel gegeben war, unvereinbar. Dasselbe galt für alle sonstigen Fälle, in denen der Beschwerderechtsweg nach der AO bei einer Verwaltungsbehörde endete, z.B. bei einem Landesfinanzministerium oder dem Bundesfinanzministerium. Dieser Zustand hatte dazu geführt, daß die allgemeinen Verwaltungsgerichte wegen der bei ihnen bestehenden Generalklausel[2]) in Sachen um Rechtsschutz angegangen wurden, die bis dahin im Verfahren vor den Finanzverwaltungsbehörden endgültig entschieden worden waren. Die Verwaltungsgerichte hatten vielfach ihre Zuständigkeit mit der Begründung bejaht, daß die Finanzgerichte sich bisher noch nicht für zuständig erklärt hätten, im übrigen aber darauf hingewiesen, daß zweckmäßigerweise Steuerstreitsachen durch die Finanzgerichte bearbeitet würden[3]). Wegen dieses Zwiespalts ließ der Große Senat des BFH durch Gutachten vom 17. April 1951[4]) den Rechtsweg zu den Finanzgerichten auf Grund des Art. 19 IV GG in allen den Fällen zu, in denen in Steuerstreitigkeiten nach der AO der Weg zu den Gerichten bis dahin verschlossen gewesen war. Dieser erweiterte Rechtsschutz wurde bald darauf auch auf Zollsachen ausgedehnt[5]). Die Tendenz zu einer umfassenden Ausweitung des finanzgerichtlichen Rechtsschutzes ging so weit, daß auch gegen Beschwerdeentscheidungen der OFD in Strafsachen das Berufungsverfahren zuge-

---

1) BVerwG, VerwRspr. 11, 499; BFH, BStBl. 1951 III 107; BGHZ 10, 297; Hamann, Anm. B 12 zu Art. 19 IV; Maunz-Dürig, Rnr. 9 zu Art. 19 IV; vgl. auch Stern, NJW 1958, 684.

2) Die AO kannte in den §§ 228 ff., insbesondere 235, nur das Enumerationsprinzip.

3) Vgl. dazu die Darstellung in BFH, BStBl. 1951 III 107.

4) BFH, BStBl. 1951 III 107.

5) BFH, BStBl. 1953 III 272.

lassen wurde[1]), ja selbst für Gnadensachen nach § 477 AO bei Steuerzuwiderhandlungen, soweit das Gnadenverfahren bei der Finanzverwaltung durchzuführen war[2]). In der Erkenntnis, daß die Finanzgerichte und die für sie geltenden Verfahrensvorschriften für die Behandlung und Entscheidung von Strafsachen doch nicht recht geeignet schienen, verneinte der Große Senat des BFH in seinem Urteil vom 10. Februar 1958[3]) die Zuständigkeit der Finanzgerichte in Steuerstrafsachen. Damit ist nunmehr nach § 19 IV 2 GG gegen Beschwerdeentscheide und andere Verfügungen der OFD in Steuerstrafsachen der ordentliche Rechtsweg gegeben.

Neben der Eröffnung des Rechtswegs in zahlreichen Fällen[4]) hat der BFH ferner aus Art. 19 IV GG die Befugnis abgeleitet, über die bestehende gesetzliche Regelung hinaus, die Rechtssachen, in denen er als einzige Gerichtsinstanz angerufen werden kann, auch nach der tatsächlichen Seite zu überprüfen. Der BFH hat damit die §§ 228, 296 AO, nach denen er eigentlich nur Revisionsinstanz ist, im Sinne des Art. 19 IV GG erweitert[5]). Mit der Einführung der Generalklausel im finanzgerichtlichen Verfahren durch die Neufassung des § 228 AO[6]) ist die Rechtsstaatlichkeit im Bereich der Finanzgerichtsbarkeit nunmehr gewährleistet. Es bleibt aber das Verdienst des BFH, diese Regelung im Wege einer konsequent rechtsstaatlichen Rechtsprechung vorweggenommen zu haben.

c) Auch außerhalb der Finanzgerichtsbarkeit hat Art. 19 IV GG den bisher verschlossenen Rechtsweg eröffnet. Dazu einige Beispiele aus der Rechtsprechung. Nach früherem Recht hatte der von einem Fürsorgeverband auf Rückerstattung von Leistungen in Anspruch Genommene nur die Möglichkeit, die Unrechtmäßigkeit des Erstattungsanspruchs im Wege der Dienstaufsichtsbeschwerde geltend zu

---

1) BFH, BStBl. 1954 III 165.

2) BFH, BStBl. 1952 III 306; BStBl. 1955 III 274; ebenso OVG Hamburg, JZ 1953, 49; BVerwGE 1, 21;- A.A. Württ.-Bad. VGH, JZ 1953, 50.

3) BStBl. 1958 III 198.

4) Außer den bereits angeführten Entscheidungen sind zu nennen: Rechtmäßigkeit einer Erzwingungsgeldstrafe nach § 202 AO, BStBl. 1952 III 55, 250; Vorauszahlungsbescheide nach § 237 AO, BStBl. 1952 III 207; Streitwertfeststellungen, BStBl. 1955 III 158; Versagung der Zulassung als Helfer in Steuersachen gemäß § 107 a AO, BStBl. 1951 III 173; BStBl. 1952 III 76; Kostenentscheidungen von Finanzverwaltungsbehörden, BStBl. 1960 III 55.

5) BStBl. 1955 III 66; 1956 III 157; 313; 1957 III 179.

6) Neu gefaßt durch Art. 17 Nr. 7 Steueränderungsgesetz 1961.

machen. Das OVG Lüneburg[1] hat dem Erstattungspflichtigen aus Art. 19 IV die Möglichkeit gegeben, seine Rechte mit der öffentlich-rechtlichen Bereicherungsklage zu verfolgen. Das BVerwG[2] hat ferner entschieden, daß auch die Entscheidungen des früheren Patentamts hoheitliche, der Rechtsweggarantie des Art. 19 IV unterfallende Maßnahmen seien. Weiter hat der VGH München[3] die durch die Landesjustizverwaltung ausgesprochene Zuerkennung der Rechtswirkungen einer gesetzlichen Ehe an eine freie Verbindung rassisch und politisch Verfolgter[4] als rechtsbegründenden Verwaltungsakt qualifiziert, gegen den die Anfechtungsklage vor den Verwaltungsgerichten zulässig ist. In einem ähnlichen Fall hat der BGH[5] die Klage gegen den Feststellungsbescheid der Landesjustizverwaltung, durch den das Ehescheidungsurteil eines ausländischen Gerichts anerkannt wurde, zugelassen, obwohl die MRVO Nr. 165 eine Regelung für Verwaltungsakte auf dem Gebiet des Zivilprozesses nicht enthielt, derartige Akte in § 25 I 2 vielmehr nur vom Verwaltungsgerichtsweg ausnahm. Der BGH führte aus, daß diese Lücke wegen Art. 19 IV GG zugunsten der Zivilgerichte ausgefüllt werden müßte und erklärte sich darum für zuständig. Sind diese Urteile wegen ihrer rechtsstaatlichen Haltung zu begrüßen, so muß BVerwGE 2, 302[6] als ausgesprochen falsch bezeichnet werden. Das BVerwG verneinte die Anfechtbarkeit erkennungsdienstlicher Maßnahmen der Polizei nach § 81b StPO unter Berufung auf § 25 I 2 MRVO Nr. 165, da es sich um Verwaltungsakte auf dem Gebiet des Strafprozesses handele. Gleichzeitig lehnte es eine Verweisung ab, da kein zuständiges Gericht feststellbar sei. Bei Fehlen eines anderen Rechtswegs wäre aber zumindest gemäß Art. 19 IV GG der ordentliche Rechtsweg gegeben gewesen. Erstaunlich ist vor allem, daß das BVerwG nicht einmal angedeutet hat, wie es zu seiner bedauerlichen Feststellung gelangt ist.

---

1) NJW 1953, 839.

2) BVerwGE 8, 350.

3) NJW 1957, 315 mit zust. Anm. von Tietgen.

4) Gemäß § 1 I des Gesetzes über die Anerkennung freier Ehen rassisch und politisch Verfolgter v. 23.6.1950 (BGBl. I S.226).

5) VerwRspr. 10, 763.

6) MDR 1956, 314 mit abl. Anm. von Bachof; ablehnend auch Maunz-Dürig, Rnr. 59 Anm. 1 zu Art. 19 IV GG.

2. Die Tendenzen zu einer extensiven Interpretation des Art. 19 IV GG

Nach allgemeiner Meinung ist Art. 19 IV GG aus dem Zweck heraus auszulegen, dem er zu dienen bestimmt ist. Der Sinn der Vorschrift, lückenlosen, umfassenden Rechtsschutz zu gewähren[1], kann daher nur durch eine extensive Interpretation erfüllt werden. Dieser Auslegungsgrundsatz ergibt einige wesentliche, für das heutige Rechtsschutzsystem bedeutsame Folgerungen.

a) Für die Frage, ob Rechtsschutz gegen eine konkrete hoheitliche Maßnahme zu geben ist oder nicht, kann es nicht mehr entscheidend auf den von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Begriff des Verwaltungsakts ankommen. Nicht der Rechtsschutz bestimmt sich nach dem Vorliegen eines Verwaltungsaktes, sondern dort, wo im Interesse des Bürgers die Eröffnung des Rechtswegs erforderlich erscheint, ist auch ein Verwaltungsakt anzunehmen[2]. Das bedeutet, daß die Interpretation des Begriffs des Verwaltungsakts heute aus der Sicht des Art. 19 IV GG erfolgen muß[3]. Die Rechtsprechung zeigt dementsprechend auch im allgemeinen die Neigung zu einer weiten Auslegung dieses Begriffs[4]. In erhöhtem Maße zeigt sich das in der Zulassung der Anfechtungsklage auch im Bereich der besonderen Gewaltverhältnisse. Während Akte im besonderen Gewaltverhältnis früher nicht als Rechtsakte angesehen wurden und von der herrschenden Meinung noch immer zahlreiche Ausnahmen von der Anfechtbarkeit gemacht werden[5], kann diese Ansicht heute nicht mehr aufrecht erhalten werden. Die Unterscheidung von allgemeinem und besonderem Gewaltverhältnis und die nur historisch, nicht aber rechtstheoretisch begründete Beschränkung von Verwaltungsakten auf das "Außenverhältnis" erscheint mit der Konzeption des GG unvereinbar. Gegen diese Beschränkung spricht auch die Tatsache, daß Art. 19 IV GG nicht nur Verwaltungsakte, sondern allgemein

---

1) BGHZ 10, 297; BFH, BStBl. 1951 III 107; BVerwG, VerwRspr. 11, 499.

2) Dazu BVerwGE 3, 258: "Der Begriff des Verwaltungsakts ist eine Zweckschöpfung der Verwaltungsrechtswissenschaft .... Für die Zweckbestimmung des Begriffs des Verwaltungsaktes im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist das Rechtsschutzbedürfnis des Bürgers wesentlich."

3) So auch Maunz-Dürig, Rnr. 10; Bachof, Verfassungsrecht, S. 57.

4) Auf eine teilweise rückläufige Tendenz durch die erweiterte Zulassung von Leistungs- und Verpflichtungsklagen in der VwGO weist Bachof, Staatsbürger, S. 10 und Verfassungsrecht, S. 210 Anm. 57, hin.

5) Vgl. dazu Schunck-De Clerck, § 42 VwGO, Anm. 2a ff.); Maunz-Dürig, Rnr. 25 bb).

"Rechtsverletzungen" der Kontrolle der Gerichte unterstellt[1]). Mithin müssen alle Maßnahmen im besonderen Gewaltverhältnis, die eine mögliche Verletzung der Individualsphäre bewirken, anfechtbar sein. Diese Erkenntnis setzt sich auch in zunehmendem Maße in der Rechtsprechung durch. Instruktiv sind die Beispiele aus dem Schul- und Hochschulrecht. Aus der Rechtsprechung des BVerwG sind von besonderer Bedeutung BVerwGE 1, 260 (Nichtversetzung eines Schülers ist anfechtbarer Verwaltungsakt)[2]), BVerwGE 1, 263 (Verweisung von der Schule ist anfechtbarer Verwaltungsakt) und BVerwGE 2, 22 (Prüfungsentscheidungen können Verwaltungsakte sein)[3]). Das BVerwG hat in diesen Urteilen im Sinne der herrschenden Ansicht ausgesprochen, daß auch Akte, die ein besonderes Gewaltverhältnis begründen oder beenden sowie - was zweifelhafter war - auch Akte innerhalb eines besonderen Gewaltverhältnisses Verwaltungsakte sein können. Diesen Standpunkt teilt im wesentlichen auch die übrige Rechtsprechung. So wurden anfechtbare Verwaltungsakte z.B. angenommen bei Aufnahme in die Oberschule[4]), Ausschluß von der Reifeprüfung[5]), Nichtzulassung zum Studium[6]), Ablehnung einer Dissertation[7]), Zulassung zur Habilitation[8]), sowie der Entziehung der Lehrbefähigung[9]) und der Ablehnung der venia legendi[10]). Damit ist natürlich über die Begründetheit derartiger Klagen noch nichts gesagt, wie denn auch die meisten als unbegründet abgewiesen wurden. Bei Prüfungsentscheidungen beschränkt sich die verwaltungsgerichtliche Nachprüfung regelmäßig auf die Innehaltung der Prüfungsvorschriften und das mögliche Vorliegen sachfremder Erwägungen. Die Bewertung der fachlichen Prüfungsleistungen durch die Gerichte ist ausgeschlossen, weil insoweit der Behörde ein Beurteilungsspielraum zusteht. Auch im Beamtenverhältnis ist die Anfechtbarkeit sog. "statusändernder" Akte anerkannt, ohne daß hier auf Einzelheiten der fast unübersehbaren Rechtsprechung eingegangen werden kann. Uneinheitlich ist dagegen die Rechtsprechung zu den sog. "innerdienstlichen" Akten,

---

1) Ebenso die in Anm.5) Seite 87 Genannten, ferner Hamann, Anm. B 14 zu Art. 19 IV.

2) So auch BVerwGE 8, 272.

3) Ebenso OVG Rh-Pf, AS 2, 320; 2, 323; 2, 336; 5, 99; OVG Berlin, DÖV 1954, 568; VGH München, DVBl. 1952, 339.

4) BVerwGE 5, 153.

5) OVG Lüneburg, DÖV 1954, 510.

6) OVG Berlin, DVBl. 1955, 579.

7) VG Freiburg, DVBl. 1953, 736.

8) OVG Rh-Pf, DÖV 1956, 640.

9) OVG Münster, DÖV 1957, 375.

10) OVG Lüneburg, DVBl. 1956, 645.

deren Eigenschaft als Verwaltungsakt teilweise bejaht, teilweise - in vergleichbaren Fällen - aber auch verneint wurde[1]). Sieht man in Art. 19 IV GG eine umfassende Rechtsschutzgarantie enthalten, dann bestehen jedoch gegen den Ausschluß innerdienstlicher Maßnahmen im Beamtenverhältnis vom verwaltungsgerichtlichen Verfahren erhebliche Bedenken, zumal eine sichere Abgrenzung gegenüber den Akten in persönlichen Angelegenheiten des Beamten - deren Anfechtbarkeit anerkannt ist - kaum getroffen werden kann. Jedenfalls kann man nicht aus der Tatsache, daß die Klage gegen viele innerdienstliche Akte mangels der Verletzung eigener Rechte unbegründet sein wird, deshalb auch auf deren Unzulässigkeit schließen und sie deshalb von vornherein vom Rechtsschutz ausnehmen.

b) Noch auf einem anderen Wege als dem der Ausdehnung des Begriffs des Verwaltungsakts sucht die Rechtsprechung den Rechtsschutz zu erweitern. Sie nimmt in zunehmendem Maße Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Bürger an und gesteht im Zweifel dem Bürger ein subjektives öffentliches Recht zu, wo der Gesetzestext die eindeutige Zuordnung eines begünstigten Individualinteresses zu der Gruppe des subjektiven Rechts oder des Rechtsreflexes nicht erkennen läßt. So wird in BVerwGE 1, 159 zur Begründung eines Rechtsanspruchs des Hilfsbedürftigen auf Fürsorge[2]) neben sozial-staatlichen Erwägungen auch das Rechtsstaatsprinzip herangezogen und daraus bei Vorliegen der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen die Vermutung eines solchen Anspruchs gefolgert. Danach "bewährt der Rechtsstaat der Gegenwart sein Wesen auch und gerade darin, daß er dem Bürger gegenüber der öffentlichen Gewalt im Zweifel Rechtsansprüche einräumt. Eine gesetzliche Regelung, die der Verwaltung ein Handeln nach ihrem freien Ermessen selbst dann gestattet, wenn alle tatbestandsmäßigen Voraussetzungen für ein solches Handeln erfüllt sind, müßte daher den dahin gerichteten Willen eindeutig zum Ausdruck bringen. Andernfalls besteht eine Vermutung dafür, daß die Verwaltung gebunden ist." Unter diesen und ähnlichen Gesichtspunkten hat das BVerwG mehrfach Ermessensvorschriften in

---

1) Vgl. die Nachweise bei Maunz-Dürig, Rnr. 25 cc) zu Art. 19 IV.

2) Dieser Anspruch ist heute allgemein anerkannt. Vgl. etwa OVG Münster, DÖV 1950, 718; OVG Hamburg, VerwRspr. 3, 608 f.; VerwRspr. 8, 878. Abgelehnt wird dagegen der Anspruch auf Tbc-Hilfe, da diese ganz überwiegend im Interesse der Volksgesundheit und nicht des Tbc-Kranken gewährt wird, BVerwGE 2, 203 = DÖV 1956, 244 mit zust. Anm. von Bachof; OVG Lüneburg, DVBl. 1953, 150. A.A. LVG Rh-Pf, DVBl. 1953, 151.

"Mußvorschriften" umgedeutet und einen Rechtsanspruch anerkannt[1]). Auch bei den anderen Gerichten ist die Neigung zur vermehrten Anerkennung subjektiver öffentlicher Rechte festzustellen[2]). Sie folgt einmal daraus, daß man bestrebt ist, den Bürger dort, wo ein Satz des objektiven Rechts seinem Schutze zu dienen bestimmt ist, sei es auch nur neben dem Schutze des öffentlichen Rechts, nicht nur reflexartig zu begünstigen, sondern ihm auch die Rechtsmacht zur Durchsetzung seines objektiv-rechtlich geschützten Interesses zu geben. Zum anderen hat sich auch die Beurteilung der Interessenrichtung vieler Rechtsnormen gewandelt. Den Zweck zahlreicher Rechtssätze erblickt man nicht mehr wie früher allein im Schutze des Gemeinwohls, sondern ausschließlich oder auch im Schutze von Individualinteressen[3]).

3. Erschwerungen des Zugangs zu den Gerichten

Verschiedentlich hat die Rechtsprechung zu der Frage Stellung nehmen müssen, ob mit Art. 19 IV GG gewisse Kostenvorschriften vereinbar seien, die den Zugang zu einem Gericht erschweren. Besonders gegen § 27 IV Kriegsgefangenenentschädigungsgesetz[4]) waren Einwände erhoben worden, die einen Verstoß gegen den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit, der Sozialstaatlichkeit und den Gleichheitssatz darin sahen, daß der obsiegende Kläger die Kosten seiner Vertretung zu tragen habe. Das BVerwG[5]) erklärte die Vorschrift für verfassungsmäßig und gültig. Das Gericht führte unter Bezug auf Art. 19 IV GG zum Vor-

1) So z.B. auf Anerkennung eines Kleingartenvereins als gemeinnütziges Unternehmen gemäß § 5 II Kleingarten- und Kleinlandpachtordnung, BVerwGE 1, 321 (327); auf Zulassung des Berufsbewerbers bei Vorliegen der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen, BVerwGE 2, 349 (351); auf Mietherabsetzung aus § 2 I Bundesmietengesetz, BVerwGE 3, 121 (125); auf Erziehungsbeihilfe aus § 27 Bundesversorgungsgesetz, BVerwGE 3, 289; auf Befreiung von der Ausgleichsabgabe für Frischfleisch nach der Ausgleichsabgabenverordnung, BVerwGE 7, 304 (315); auf Impfung, BVerwGE 9, 78 (80).

2) Z.B. Anspruch des Beamten auf Regelbeihilfe, BGHZ 10, 295; des Widerrufsbeamten auf Umwandlung des Beamtenverhältnisses in ein solches auf Lebenszeit nach § 30 DBG, OVG Hamburg, DVBl. 1953, 410; des Strafgefangenen auf Fürsorge, OLG Hamburg, JZ 1955, 290.

3) Vgl. dazu Bachof, Staatsbürger, S. 11.

4) Die Fassung vom 8. Dezember 1956 hat folgenden Wortlaut: "Die Kosten einer Vertretung trägt, soweit nicht Anwaltszwang besteht, stets der Antragsteller."

5) BVerwGE 8, 98 (102 f.).

wurf mangelnder Rechtsstaatlichkeit aus, dieser sei allenfalls berechtigt, wenn der obsiegende Kläger die Gerichtskosten zu tragen hätte. Die Pflicht, die Kosten für eine Vertretung zu tragen, habe hingegen nur mittelbare nachteilige Auswirkungen für die Inanspruchnahme von Gerichtsschutz. Das BVerwG ließ es offen, ob die Garantie des Art. 19 IV auch noch gegen solche mittelbaren Erschwerungen des Weges zu den Gerichten wirkt und sah jedenfalls auch für diesen Fall einen genügenden Ausgleich der Nachteile in den geltenden Armenrechtsvorschriften. Von Art. 19 IV GG aus gesehen läßt sich gegen die Auffassung des BVerwG kaum etwas einwenden. Das BVerfG[1] hat daher auch keinen Verstoß der Vorschrift gegen die Rechtsweggarantie, sondern - im Gegensatz zum BVerwG - eine Verletzung des Gleichheitssatzes angenommen und den § 27 IV insoweit für nichtig erklärt, als er sich auf die Kosten einer anwaltlichen Vertretung im Verwaltungsgerichtsverfahren bezieht.
In einem vergleichbaren Zusammenhang hat ein anderer Senat des BVerwG kurze Zeit darauf eine abweichende Meinung vertreten. Es ging um den Art. 24 des bayerischen Kostengesetzes vom 17. Dezember 1956, nach dem in verwaltungsgerichtlichen Verfahren von dem Antragsteller ein Vorschuß für die Gerichtskosten erhoben werden kann mit der Folge, daß bei Nichtzahlung des Vorschusses der Antrag als zurückgenommen gilt. Das BVerwG beschloß Vorlage an das BVerfG mit der Begründung, daß die Vorschrift gegen die Art. 3 und 19 IV GG verstoße[2]. Nach Auffassung des BVerfG[3] liegt jedoch kein Verstoß gegen Art. 19 IV GG vor, da mit der umfassenden Rechtsweggarantie des Art. 19 IV nicht gemeint sei, "daß alle herkömmlichen Grundsätze des Prozeßrechts, die rechtlich oder tatsächlich eine Erschwerung des Zugangs zu den Gerichten bewirken, außer Kraft gesetzt würden", da die meisten dieser Grundsätze Rechtssicherheit und geordneten Gang der Rechtspflege verbürgen und damit im weiteren Sinne ebenfalls dem Rechtsschutz des Bürgers dienen sollen. Die Fiktion der Zurücknahme des Antrags nach Art. 24 II bei Nichtzahlung des Vorschusses sei zwar ein fühlbarer Rechtsnachteil, der aber durch die Gestaltung der Vorschrift wie durch ihre praktische Handhabung fühlbar gemildert werde, so daß der Weg zu den Verwaltungsgerichten nicht in unbilliger und rechtsstaatswidriger Weise erschwert werde. Die Begründung ist fragwürdig, denn eine jederzeit abänderbare Praxis der Gesetzesanwendung ist kein zulässiger Maßstab für die Verfassungsmäßigkeit einer Rechtsnorm. Damit ist nach der Rechtsprechung nicht generell ausgeschlossen, daß auch mittelbare Erschwe-

1) DÖV 1962, 422.
2) NJW 1959, 1560.
3) BVerfGE 11, 264 (267).

rungen des Zugangs zu den Gerichten mit Art. 19 IV GG unvereinbar sein können. Ihre Verfassungsmäßigkeit hängt von dem Grade der Erschwerung ab und ist bei den herkömmlichen Kostenvorschriften im allgemeinen gewahrt.

4. Der Begründungszwang für Verwaltungsakte

In engem Zusammenhang mit dem verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz steht das in neuerer Zeit wiederholt erörterte Problem der Begründung von Verwaltungsakten. Aus diesem Grunde ist es an dieser Stelle zu behandeln. Die Frage, ob und welche Verwaltungsakte zu begründen sind, ist in der Rechtsprechung bestritten.

a) Das BVerfG[1] hat es als einen rechtsstaatlichen Grundsatz" bezeichnet, daß ein Staatsbürger, in dessen Rechte eingegriffen werde, einen Anspruch darauf habe, die Gründe dafür zu erfahren, denn nur so könne er seine Rechte sachgemäß verteidigen. Das BVerfG hält somit eine Begründung bei obrigkeitlichen Eingriffen stets für erforderlich und Ausnahmen vom Begründungszwang für unzulässig.

b) Im Gegensatz zum BVerfG hat das BVerwG in BVerwGE 1, 12 und 1, 311[2] ausgeführt, "daß ein Verwaltungsakt, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist, auch ohne jegliche rechtliche Begründung erlassen werden kann". Obwohl sich das BVerwG in der Folgezeit der Auffassung des BVerfG grundsätzlich angeschlossen hat, ist die Ansicht des Gerichts in bezug auf Ermessensentscheidungen, deren Rechtmäßigkeit ohne Mitteilung der ihnen zugrunde liegenden Erwägungen überhaupt nicht beurteilt werden kann, nicht einheitlich. Auf der einen Seite verlangt BVerwGE 8, 234 (238), es müsse "bei Ermessensentscheidungen der Behörde grundsätzlich aus der Entscheidung selbst ersichtlich sein, auf welchen Erwägungen sie beruht". Andererseits erklärt BVerwGE 5, 95 (98) zwar gleichfalls, es widerspreche "im allgemeinen" rechtsstaatlichen Grundsätzen, ablehnende Entscheidungen auf ein dem Betroffenen nicht bekanntes Ermittlungsergebnis zu stützen; stehe aber einem Antragsteller ein Anspruch auf Einräumung einer bestimmten Rechtsstellung nicht zu, sei der Behörde vielmehr bei der Entscheidung über ihre Zuerkennung ein besonders weiter Ermessensspielraum eingeräumt, so gelte jener Grundsatz nur mit Einschränkungen. Dementsprechend wurde eine Pflicht der Industrie- und Handelskammer verneint, einem Bewerber um die Anstellung als Sachverständiger über ihn eingeholte

1) BVerfGE 6, 32 (44).

2) Ebenso OVG Lüneburg, OVGE 10, 380 (385).

negative Beurteilungen bekanntzugeben. Das Gericht hält es für ausreichend, wenn die Industrie- und Handelskammer in einem solchen Falle dem Antragsteller lediglich eröffne, daß sie sich auf Grund der von ihr eingeholten Auskünfte von seiner besonderen Eignung und Vertrauenswürdigkeit nicht hinreichend habe überzeugen können. Noch weiter geht BVerwGE 12, 20 (26), wo nicht nur jegliche Begründungspflicht des Verteidigungsministers für eine die Überführung eines Grenzschutzbeamten in das Soldatenverhältnis ablehnende Entscheidung verneint wird, sondern darüber hinaus behauptet wird, "daß auch sonst ein öffentlicher Dienstherr grundsätzlich nicht gezwungen ist, einem Bewerber um die Einstellung in den öffentlichen Dienst die Gründe für die Ablehnung zu offenbaren".

Man kann zwar dem Ergebnis der beiden zuletzt genannten Urteile wegen der praktisch nicht begründbaren persönlichkeitsbedingten Werturteile, die für den Erlaß der Verwaltungsakte maßgebend waren, zustimmen. Der letzte Satz geht jedoch entschieden zu weit. Einmal könnte sich der öffentliche Dienstherr neben Eignungserwägungen ja auch von unsachgemäßen Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten leiten lassen, gegen die vorzugehen dem Bewerber anhand der Begründung möglich sein muß. Zum anderen ist der Ausspruch des BVerwG auch wegen Art. 33 II GG höchst bedenklich.

In grundsätzlicher Weise äußert sich BVerwGE 10, 37 (43) zum Begründungszwang. Das Urteil setzt sich mit der Ansicht des BVerfG auseinander und schränkt den vom BVerfG aufgestellten Grundsatz gerade im Hinblick auf die Möglichkeit sachgemäßer Rechtsverteidigung zutreffend ein: "Er bedeutet im Grundsatz nur, daß dem Staatsbürger die seinen Fall betreffende Auffassung der Verwaltung über die Sach- und Rechtslage nicht unbekannt geblieben sein darf." Es genügt, wenn er sie bereits aus den vor Erlaß des Verwaltungsakts mit der Behörde geführten Verhandlungen kennt. Enthält der abschließende Akt selbst keine ausdrückliche Begründung mehr, so kann von einer Beschränkung seiner Verteidigung keine Rede sein. Im Anschluß an dieses Urteil hat das BVerwG in einer späteren Entscheidung[1] die Bezugnahme auf den Gesetzeswortlaut als Begründung genügen lassen, da dem Kläger die Umstände genau bekannt gewesen waren, die zu dem Verwaltungsakt geführt hatten.

c) Auch in der übrigen Rechtsprechung sind die Auffassungen über den Begründungszwang geteilt. Vielfach werden zwischen der Ansicht des BVerfG und der früheren Ansicht des BVerwG vermittelnde Meinungen vertreten.

Der Württ.-Bad. VGH[2] vertritt die Auffassung, daß bei Ermessensentscheidungen

---

1) DÖV 1961, 145.

2) VerwRspr. 5, 570.

den Betroffenen erkennbar sein müsse, aus welchen Gründen der Verwaltungsakt erlassen worden sei. Eine Ausnahme läßt der VGH dann gelten, wenn die Überlegungen der Behörde "in einem solchen Maße auf der Hand liegen, daß sie auch dann erkennbar sind, wenn sie nicht besonders dargelegt werden". Dieser Grundsatz wurde auch in späteren Urteilen beibehalten[1]).
Das OVG Lüneburg[2]) und der BayVGH[3]) halten eine Begründung nur dann für geboten, wenn sie gesetzlich vorgeschrieben ist, oder wenn der Verwaltungsakt ohne Begründung unverständlich wäre.
Das OVG Koblenz[4]) stellt es dagegen darauf ab, ob für das Fehlen der Begründung "gewichtige, in der Aufgabenstellung der Behörde liegende Gründe vorliegen".

d) Mit der heute wohl herrschenden Meinung in Literatur[5]) und Rechtsprechung ist eine Begründung sowohl von gebundenen Verwaltungsakten, als auch von Ermessensakten aus rechtsstaatlichen Gründen grundsätzlich zu fordern. Für Widerspruchsbescheide ist die schriftliche Begründung bereits in § 73 III VwGO gesetzlich vorgeschrieben. Sie muß darüber hinaus aber auch schon für die Verwaltungsakte der unteren Verwaltungsbehörden verlangt werden[6]), denn der Bürger muß in der Lage sein, bereits im Widerspruchsverfahren sich gegen die Ansicht der Verwaltungsbehörde zur Wehr zu setzen. Das kann er aber in sachgerechter Weise nur, wenn ihm diese bekannt ist. Der Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes sieht daher in § 30 auch ganz allgemein die schriftliche Begründung vor. Ausnahmen werden nur dann gemacht, wenn sie den Betroffenen oder Dritte nicht beeinträchtigen, unumgängliche Erfordernisse der Verwaltung sie fordern oder sofern sie gesetzlich vorgesehen sind[7]). Der Beschränkung des

---

1) VGH Freiburg, VerwRspr. 8, 684; 11, 550; Bad.-Württ. VGH, ESVGH 9,55
2) ZBR 1956, 220.
3) ZMR 1953, 91.
4) DVBl. 1958, 836.
5) Forsthoff, Lehrbuch, S.219; H.J. Wolff, § 50 II d 2; Zschacke, NJW 1954, 413. - A.A. von Turegg-Krauss, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. Aufl. 1962, S.155 f.
6) So auch die Sachverständigenkommission bei den Beratungen zu dem Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVerfG 1963), 1964, S.144 f. - A.A. Zschacke, NJW 1954, 413.
7) § 30 des Musterentwurfs lautet:
   (1) Ein schriftlich erlassener oder schriftlich bestätigter Verwaltungsakt ist schriftlich zu begründen.
   (2) Einer Begründung bedarf es nicht,
   1. wenn die Behörde einem Antrag in vollem Umfang entspricht und

Begründungszwangs auf schriftlich ergangene oder schriftlich bestätigte mündliche Verwaltungsakte ist zuzustimmen. In der Tat sind zahlreiche Situationen denkbar, in denen Verwaltungsakte lediglich mündlich oder durch Zeichen in Eilfällen, wie z.B. Polizeibefehle zur Verkehrsregelung oder bei Katastrophen, gegeben werden. In allen diesen Fällen ist eine Begründung entweder unmöglich oder jedenfalls untunlich und ihr Fehlen nicht schädlich. Abgesehen von derartigen Sachlagen sind mündlich ergangene Verwaltungsakte aber wegen der zu fordernden Begründung schriftlich zu bestätigen. Was die gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen vom generellen Begründungszwang anbetrifft, so sind sie auf solche Sachverhalte zu beschränken, in denen eine Begründung nicht möglich ist oder durch die Bekanntgabe der Gründe schwerwiegende Nachteile für die Allgemeinheit entstehen würden.

e) Der Grundsatz des Begründungszwangs leitet seine rechtsstaatliche Natur aus verschiedenen Momenten ab. Im Vordergrund steht der Gedanke des umfassenden Rechtsschutzes: Die Begründung soll dem Betroffenen ermöglichen, sich zu entscheiden, ob er den Verwaltungsakt angreifen und worauf er seine Verteidigung stützen will. Vor allem bei Ermessensakten wird die fehlende Begründung regelmäßig eine Nachprüfung durch den Betroffenen und auch durch das Verwaltungsgericht erschweren, wenn nicht gar unmöglich machen. Das führt praktisch zu einer Entwertung der durch Art. 19 IV GG eröffneten Nachprüfbarkeit aller Verwaltungsakte durch die Gerichte[1]. Dennoch läßt sich der Begründungszwang nicht aus Art. 19 IV GG ableiten[2], denn die fehlende Begründung schließt den Rechtsweg nicht schlechthin aus, mag auch die Rechtsverfolgung aus den erwähnten Gründen behindert sein. Nur in den seltensten Fällen wird ein direkter Verstoß gegen jene Verfassungsbestimmung gegeben sein, etwa dann, wenn die Verwaltung ihre Gründe auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht bekannt gibt. Dann allerdings stünde der Verwaltungsakt in Widerspruch zur Verfassung und müßte schon aus diesem Grunde aufgehoben werden.

---

der Verwaltungsakt nicht in Rechte eines anderen eingreift;

2. soweit dem Betroffenen die Auffassung der Behörde über die Sach- und Rechtslage bereits bekannt oder auch ohne schriftliche Begründung für ihn ohne weiteres erkennbar ist;
3. wenn die Behörde gleichartige Verwaltungsakte in großer Zahl erläßt und die Begründung nach den Umständen des Einzelfalles nicht geboten ist;
4. wenn sich dies aus einer Rechtsvorschrift ergibt.

1) OVG Koblenz, DVBl. 1958, 836.

2) Maunz-Dürig, Rnr. 50 zu Art. 19 IV.

Der Begründungszwang ist ferner eine zwingende Folgerung aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Nach dem Vorbehaltsprinzip darf jedenfalls die Eingriffsverwaltung nur auf Grund gesetzlicher Ermächtigung tätig werden. Aber auch die Maßnahmen der Leistungsverwaltung beruhen überwiegend auf gesetzlicher Grundlage. Macht die Verwaltung von der gesetzlichen Ermächtigung Gebrauch, so muß sie prüfen, ob deren tatsächliche und rechtliche Voraussetzungen gegeben sind. Diese Erwägungen muß sie auch dem Betroffenen gegenüber vertreten können; daraus ergibt sich die Pflicht, sie ihm auch bekanntzugeben[1]).

f) Entsprechend dem dargelegten Zweck der Begründung ist ihr Umfang verschieden, je nach dem es sich um Akte der gebundenen Verwaltung oder um Ermessensentscheidungen handelt. Bei den ersteren wird der Verwaltungsakt regelmäßig auch mit kurzer Begründung verständlich genug und für alle in Betracht kommenden Personen nachprüfbar sein. In tatsächlich und rechtlich klar oder in einfach gelagerten Fällen kann u.U. schon die Bezugnahme auf den Gesetzeswortlaut genügen[2]). Ermessensentscheidungen werden hingegen meist erst durch die Angabe der Gründe, auf denen der Ausspruch beruht, konkretisiert. Erst dann kann der betroffene Bürger seine Entschlüsse treffen und kann das Gericht die Ermessensausübung überprüfen. Hier reicht die Wiederholung des Gesetzestextes nicht aus, sondern es sind alle maßgeblichen Erwägungen mitzuteilen.

g) Von dem Problem der Begründungspflicht ist die Frage nach den Rechtsfolgen bei fehlender oder mangelhafter Begründung zu trennen. Entsprechend dem Ausgangspunkt fällt die Antwort der Rechtsprechung verschieden aus. Soweit ersichtlich, hat das BVerwG keinen Verwaltungsakt wegen fehlender Begründung als fehlerhaft aufgehoben. Das OVG Lüneburg[3]) hat die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts, für den eine Begründung nicht vorgeschrieben war, verneint, weil die Begründung im Beschwerdebescheid nachgeholt worden war. Auch BVerfGE 6, 32 (44) hat den fraglichen Bescheid der Paßbehörde nicht aufgehoben, "weil die Behörde im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ihre Gründe bekanntgegeben hat, der Beschwerdeführer zu ihnen Stellung nehmen konnte und die Entscheidung sich im Ergebnis als gerechtfertigt erwiesen hat". Der Württ.-Bad. VGH[4]) hat die fehlende Begründung zwar als Aufhebungsgrund betrachtet. Allerdings kamen noch eine Reihe weiterer Fehler hinzu, so daß die

---

1) Vgl. auch den Musterentwurf, S. 145.
2) Vgl. z.B. VGH Freiburg, ZMR 1952, 165.
3) OVGE 10, 380 (385).
4) VerwRspr. 5, 570.

Wirkung eines Nachschiebens von Gründen nicht erörtert wurde. Auch der VGH Freiburg[1]) hat ausgeführt, daß die fehlende Begründung eines Ermessensaktes die Aufhebung zur Folge haben müsse, läßt aber die Möglichkeit der nachträglichen Begründung als zweifelhaft dahingestellt. In beiden Entscheidungen war vorausgesetzt, daß eine Begründung auch tatsächlich erforderlich war. Nach der Ansicht des OVG Berlin[2]) werden bei fehlender Begründung die Rechtsmittelfristen nicht in Lauf gesetzt.

h) Zu dieser Rechtsprechung ist folgendes zu sagen:
Fehlerhaftigkeit eines nicht schriftlich begründeten Verwaltungsaktes ist - gleichgültig, ob es sich um einen Akt der gebundenen Verwaltung oder um eine Ermessensentscheidung handelt - nur dann anzunehmen, wenn eine Begründung tatsächlich im konkreten Fall erforderlich ist, weil dem Betroffenen andernfalls Rechtsnachteile erwachsen würden. Ausgenommen sind demnach alle die Fälle, in denen die Mitteilung der Gründe überflüssig wäre, sei es, daß der Verwaltungsakt nicht in die Rechtssphäre des Betroffenen eingreift, sei es, daß ihm die Auffassung der Behörde aus dem Vorverfahren bekannt oder auch ohne Begründung ohne weiteres erkennbar ist. Im übrigen ist der betreffende Verwaltungsakt nur anfechtbar. Das Nachschieben von Gründen schließt die Fehlerhaftigkeit nicht unbedingt aus.
Soweit die Rechtsprechung diesem Vorgang Bedeutung beimißt, kann es sich nur um eine nachträgliche Heilung eines ursprünglich fehlerhaften Verwaltungsakts handeln. In den angezogenen Entscheidungen kommt das allerdings nicht klar zum Ausdruck[3]). Die nachträgliche tatsächliche oder rechtliche Begründung im Verwaltungsgerichtsverfahren ist zulässig, sofern dadurch der Verwaltungsakt in seinem Wesen nicht verändert wird. Maßgebend ist die bei Erlaß des Aktes bestehende Sach- und Rechtslage. Das Nachschieben von Gründen ist nur innerhalb dieser Grenzen erlaubt[4]). Die Kosten des Verfahrens fallen dann jedoch dem Träger der beklagten Behörde insoweit zur Last, als das Verfahren durch das Fehlen oder die Unvollständigkeit der Begründung veranlaßt worden ist[5]).
Versäumt der Betroffene wegen der mangelnden Begründung eine Rechtsmittelfrist, so beginnt diese erst von der Begründung ab zu laufen, denn wenn schon die mangelnde Rechtsmittelbelehrung den Fristablauf hemmt, so muß dies erst recht die mangelnde Begründung bewirken[6]). Zu Recht weist das OVG Berlin[7])

---

1) VerwRspr. 11, 550.
2) JZ 1955, 555 mit zust. Anm. von Menger.
3) Richtig aber VGH Freiburg, VerwRspr. 8, 684.
4) Forsthoff, Lehrbuch S. 502.
5) H.J. Wolff, § 50 d 2.
6) Ebenso Menger, JZ 1955, 555.
7) JZ 1955, 555.

darauf hin, daß es des vernünftigen Sinnes entbehrt, eine Überlegungsfrist, wie die Rechtsmittelfrist, in Lauf zu setzen, wenn mangels einer Begründung keine Überlegungen angestellt werden können.

X. DIE RECHTSSICHERHEIT

1. Die Judikatur zur Rechtssicherheit

Bei der Deutung des Rechtsstaats hat das BVerfG auf die Wurzeln des Rechts überhaupt zurückgegriffen und in erster Linie die Rechtssicherheit, aber auch die Gerechtigkeit, zu den Bestandteilen des Rechtsstaats gerechnet. Die übrige Rechtsprechung[1] ist dem BVerfG darin teilweise gefolgt. Die Rechtssicherheit als angebliches Element des Rechtsstaats ist uns schon bei dem Grundsatz der Normenklarheit und als Argument für die Unzulässigkeit der Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte begegnet. Bezüglich der Darstellung dieser Rechtsprechung kann auf die dort gemachten Angaben verwiesen werden. Im übrigen ist kurz zu schildern, in welchen weiteren Problemstellungen die Rechtssicherheit zur Begründung herangezogen wurde.

a) Die Rechtssicherheit dient in der Rechtsprechung häufig als Stütze für das Verbot rückwirkender belastender[2] Gesetze, seit unter dem GG in der Beurteilung der Zulässigkeit derartiger Gesetze in Rechtsprechung und Rechtslehre ein Wandel eingetreten und die rein positivistische Haltung aufgegeben ist. Sah man bis etwa zum Jahre 1950 die Souveränität des Gesetzgebers vielfach als hinreichenden Grund für die Zulässigkeit jeder Rückwirkung an, so ist man sich heute bewußt, daß unter dem GG für den Bürger ein bestimmter Rechtskreis gegenüber staatlichen Eingriffen gewährleistet und insoweit die Souveränität des Gesetzgebers durch die Rechtsstaatlichkeit eingeschränkt ist[3]. BVerfGE 13, 261 (271 f.) formuliert als Leitsatz, aus dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit lasse sich der Verfassungsrechtssatz ableiten, daß belastende Steuergesetze grundsätzlich ihre Wirksamkeit nicht auf abgeschlossene Tatbestände erstrecken dürften. Das Gericht führt weiter aus, zu den wesentlichen Elementen des

---

1) In der Literatur vertritt diese Ansicht besonders F. Klein, StW 1954, Sp. 1-44, vgl. auch Küchenhoff, S. 78.

2) Über die Beschränkung auf belastende Gesetze besteht allgemein Einigkeit; vgl. dazu Scheerbarth, S. 57 f. Scheerbarths Werk erschließt das umfangreiche Schrifttum zum Rückwirkungsproblem.

3) Vgl. z.B. BayVerfGH, VerwRspr. 5, 521; BVerwGE 10, 282 (286).

Rechtsstaatsprinzips gehöre die Rechtssicherheit. Der Staatsbürger solle die ihm gegenüber möglichen staatlichen Eingriffe voraussehen und sich dementsprechend einrichten können; er müsse darauf vertrauen können, daß sein dem geltenden Recht entsprechendes Handeln von der Rechtsordnung mit allen ursprünglich damit verbundenen Rechtsfolgen anerkannt bleibe. In diesem Vertrauen werde der Bürger aber verletzt, wenn der Gesetzgeber an abgeschlossene Tatbestände ungünstigere Folgen knüpfe als an diejenigen, von denen der Bürger bei seinen Dispositionen ausgehen durfte. Für den Bürger bedeute Rechtssicherheit in erster Linie Vertrauensschutz. Wie die weiteren Ausführungen des Gerichts zeigen, sieht das BVerfG den Grund für das Verbot der Rückwirkung in diesem Vertrauensschutz.

Erscheint hier die Vorhersehbarkeit offenbar als Ausfluß der Rechtssicherheit, so wird in BVerfGE 7, 87 (92) die Rechtssicherheit anscheinend als etwas außerhalb der Vorhersehbarkeit Bestehendes betrachtet, wenn das Gericht meint, zur Rechtsstaatlichkeit gehöre nicht nur die Voraussehbarkeit, sondern auch die Rechtssicherheit und die materielle Richtigkeit oder Gerechtigkeit. Die Vorhersehbarkeit einer rückwirkenden gesetzlichen Regelung ist auch in BVerfGE 8, 274 (302) das maßgebliche Kriterium für deren Zulässigkeit. Nur beiläufig erklärt das BVerfG, das zu prüfende Gesetz sei mit dem "rechtsstaatlichen Grundsatz der Rechtssicherheit" vereinbar. Wieder anders meint BVerfGE 11, 64 (72), der "rechtsstaatliche Grundsatz der Rechtssicherheit" sei durch das rückwirkende Inkrafttreten der zur Prüfung vorgelegten Rechtsnorm nicht verletzt. Das Rechtsstaatsprinzip verlange zwar eine gewisse Rechtsbeständigkeit, einen gewissen Schutz des Vertrauens des einzelnen in gesicherte Rechtspositionen, die ihm der Staat auf Grund eines abgeschlossenen Tatbestands vorbehaltlos verliehen habe. Damit sei aber nicht schon jede rückwirkende Beseitigung einer "Gläubigerposition der Gemeinschaft gegenüber" unvereinbar.

Ansätze zu der Einbeziehung der Rechtssicherheit in das Prinzip des Rechtsstaats finden sich übrigens schon vor der obigen Rechtsprechung des BVerfG beim BayVerfGH[1]), wenn er sagt, die Rückwirkung eines Gesetzes sei aus dem Gesichtspunkt der Rechtsstaatlichkeit grundsätzlich zulässig, könne aber u.a. wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit ausgeschlossen sein. Einen Verstoß "gegen das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit und Rechtssicherheit" nimmt das Gericht bei der Rückanknüpfung an abgeschlossene Tatbestände an.

In diesen Entscheidungen wird die Rechtssicherheit aus der Sicht des Bürgers verstanden. Ganz anders ist die Bedeutung, die ihr BFH 57, 654 gibt. Der BFH

1) VGHE N.F. 5 II 1 (12). Vgl. auch BVerwGE 10, 282 (286); BSG 15, 271 (277).

begründet gerade die Zulässigkeit sogenannter Zeitabschnittsregelungen, d.h. Steuererhöhungen im Laufe eines Veranlagungszeitraums mit Wirkung vom Beginn dieses Zeitraums an, mit dem Gebot der Rechtssicherheit. Diese beruhe darauf, daß die ordnungsgemäß erlassenen Gesetze entsprechend dem Willen des Gesetzgebers auch durchgeführt würden. Der Bürger vertraue darauf, daß der in den Gesetzen ausgedrückte Wille des Staates Recht geworden sei. Ein Abweichen vom Gesetzesbefehl setze gewichtige Gesichtspunkte voraus, solle die Rechtssicherheit nicht gefährdet werden. Der hier gemeinte Bürger ist nicht etwa der durch ein rückwirkendes Gesetz Betroffene, denn es ist nicht gut denkbar, daß er einerseits auf die Erhaltung der früheren Rechtslage, zugleich aber auch auf die Durchsetzung des neu erlassenen, ihn benachteiligenden Rechts vertraut. Angesprochen ist hier vielmehr der einzelne als Glied der Öffentlichkeit, und sein Vertrauen ist das der Öffentlichkeit in die Verwirklichung der Rechtsordnung. Offensichtlich handelt es sich also um einen ganz anderen Aspekt der Rechtssicherheit. Die Möglichkeit, daß verschiedene Seiten der Rechtssicherheit miteinander in Widerstreit geraten können, wird auch in einer Entscheidung des hessischen Staatsgerichtshofs[1]) erkannt. Diese Mehrdeutigkeit und dementsprechend auch unterschiedliche Auswirkung der Rechtssicherheit gilt es im Auge zu behalten. Sie wird uns noch beschäftigen.

b) Die Rechtssicherheit als Bestandteil des Rechtsstaats wird weiter in den Entscheidungen herangezogen, die die Bestandskraft titulierter Ansprüche zum Gegenstand haben. Nach BVerfGE 2, 380 (403) widerspricht es der Rechtssicherheit, Haftentschädigungsbeschlüsse, die dem einzelnen vorbehaltlos eine bestimmte Rechtsposition verliehen haben, nur wegen des Wandels der Rechtsauffassung wieder zu beseitigen. Das BVerfG führt dazu aus: "Rechtsfriede und Rechtssicherheit sind von so zentraler Bedeutung für die Rechtsstaatlichkeit, daß um ihretwillen die Möglichkeit einer im Einzelfall unrichtigen Entscheidung in Kauf genommen werden muß." Ebenso meint BVerfGE 3, 4 (11): "Eine Aufhebung titulierter Ansprüche hätte im Gegenteil gegen das rechtsstaatliche Prinzip der Rechtssicherheit verstoßen." Und unter Bezugnahme auf die erste Entscheidung folgert der VGH Freiburg[2]) die Rechtsbeständigkeit auch für einen Beiladungsbeschluß, der das Beiladungsverfahren beendet und eine gewisse gesicherte Rechtsstellung schafft.

---

1) VerwRspr. 6, 426: "Schwieriger ist die Abwägung, ob es vom Standpunkt der Rechtssicherheit aus eher zu verantworten ist, ein auf Rückwirkung abgestelltes Gesetz aufzuheben, oder es bei der angeordneten Rückwirkung zu belassen."

2) VerwRspr. 7, 134.

c) Maßgebend ist der Gedanke der Rechtssicherheit nach BVerfGE 7, 194 (196)[1] ferner für die Behandlung der auf Grund einer nachträglich für nichtig erklärten Norm ergangenen, nicht mehr anfechtbaren Hoheitsakte. Ihre Bestandskraft widerspricht nach Ansicht des BVerfG nicht dem GG. Dem Gesetzgeber stehe es frei, bei einem Konflikt zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit der letzteren den Vorzug zu geben, da beide Prinzipien Bestandteile des Rechtsstaatsbegriffs seien. Daher seien sowohl § 79 II 1 BVerfGG als auch § 26 V des Einkommensteuergesetzes 1957, in denen die Rechtssicherheit höher bewertet und eine Wiederaufnahme des Verfahrens ausgeschlossen werde, verfassungsgemäß.

2. Kritik dieser Rechtsprechung

Was ist von der Behauptung des BVerfG, Rechtssicherheit und Gerechtigkeit seien rechtsstaatliche Verfassungsgrundsätze, zu halten?
Im Vordergrund des Interesses steht die Rechtssicherheit, da fast ausschließlich aus ihr konkrete Folgerungen gezogen werden. Wir können uns daher im wesentlichen auf dieses Prinzip beschränken. Es ist im Wortlaut des GG nirgends erwähnt, gehört also nicht dem geschriebenen Verfassungsrecht an. Folglich könnte es sich nur um einen ungeschriebenen Grundsatz des Verfassungsrechts handeln. Auf die Gefahren, die die abstrakte Ableitung rechtsstaatlicher Grundsätze wegen der Begrenztheit menschlicher Erkenntnis und der damit verbundenen Irrtumsmöglichkeiten mit sich bringt, haben wir schon eingangs hingewiesen[2]. Immerhin bleibt zu untersuchen, ob die Rechtssicherheit einen geeigneten Maßstab abgibt, mit dessen Hilfe die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen oder anderen Hoheitsakten zuverlässig überprüft werden kann. Das setzt zunächst voraus, daß dieser Maßstab selbst bestimmt ist. Mit anderen Worten: die Rechtssicherheit muß sich so eindeutig begrifflich festlegen lassen, daß mögliche Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen dieses Prinzip meßbar werden. Sie muß also "Entschiedenheit und Sinnbestimmtheit"[3] haben.
Wie schon der Überblick über die Rechtsprechung gezeigt hat, sind die Bedeutungen, die dem Wort "Rechtssicherheit" je nach Fallgestaltung beigelegt werden, recht unterschiedlich. Sie sind im einzelnen näher zu untersuchen.

a) Bei dem Problem der Rückwirkung von Gesetzen ist einmal die Vorausseh-

---

1) Der Entscheidung hat sich auch das OVG Münster, VerwRspr. 13, 712 angeschlossen.
2) Vgl. S. 16.
3) H.J. Wolff, Festschrift für Sauer, Berlin 1949, S. 118 f.

barkeit[1] von Bedeutung. Die Rechtssicherheit verlangt, daß staatliches Handeln vorhersehbar ist. Vor Erlaß des Gesetzes ist die Rückwirkung nicht stets erkennbar; insofern besteht Rechtsunsicherheit.
Rückwirkende Gesetze berühren weiter das Stabilitätsinteresse[2], das ist das Interesse an dem Bestand des bisherigen Rechts. Dem Stabilitätsinteresse widersprechen sowohl rückwirkende Gesetze als auch alle sofort einwirkenden Gesetze, denn sie ändern den Bestand der Rechtsordnung. Die Möglichkeit, daß ein Gesetz wegen Rückwirkung nichtig sein kann, schafft Unsicherheit, ob der Richter nach Erlaß eines formell gültigen rückwirkenden Gesetzes gemäß diesem Gesetz verfahren wird. Diese Unsicherheit verstößt gegen das Bestimmtheitsinteresse, das Verkehrssicherheitsprinzip.
Hieraus folgt: Die Rückwirkung von Gesetzen widerspricht stets dem Stabilitätsinteresse; häufig verletzt sie auch das Interesse an der Voraussehbarkeit staatlichen Handelns. Demgegenüber verstößt die Unsicherheit, die durch Nichtanwendung des rückwirkenden Gesetzes entstände, dem Bestimmtheitsprinzip der Rechtssicherheit. Diesem Prinzip verwandt ist das Interesse der Allgemeinheit an der Verwirklichung formell ordnungsgemäßer Gesetze. Das durch die Rückwirkung verletzte Interesse ist also ein anderes als das durch die Nichtigkeitsfolge verletzte Interesse.
Diese Verschiedenheit der Interessenlage werden wir stets dort finden, wo die Aufhebung einer Rechtsnorm begehrt wird mit dem Hinweis, daß sie der Rechtssicherheit widerspreche.
So stehen auch bei der Forderung nach Rechtsbeständigkeit titulierter Ansprüche

---

1) Nach Rümelin, S.9, ist Voraussetzung der Rechtssicherheit eine solche Bestimmtheit und Erkennbarkeit der jeweils geltenden Rechtssätze, daß eine Gleichmäßigkeit und Voraussehbarkeit des staatlichen Handelns soweit als möglich gewährleistet ist. Sauer, S.250 f. rechnet zu den Bedeutungen der Rechtssicherheit: "Erkennbarkeit des Rechts und des Staatswillens für den einzelnen, speziell möglichste Voraussehbarkeit der richterlichen Entscheidungen."

2) Rümelin, S.12 verdeutscht in "Rechtsdauerinteresse" und versteht darunter ein Interesse an "Fortdauer und Verläßlichkeit einmal begründeter Rechtslagen". Scholz, DVBl. 1955, 241 meint, Rechtssicherheit sei nur als Meßbarkeit und Bestand der Rechtsordnung zu verstehen. Bedeutet das erstere wohl soviel wie Erkennbarkeit und Bestimmtheit, so deutet das letztere auf die Stabilität der Rechtsordnung hin.

3) Ähnlich meint Sauer, S.250, 251, die Rechtssicherheit fordere Normgemäßheit und Gewißheit der Rechtsverwirklichung; Stetigkeit der Rechtsprechung, Staatssicherheit.

das Stabilitätsinteresse und das Interesse am Rechtsfrieden dem Bestimmtheitsinteresse gegenüber.

b) Anders wiederum ist die Lage bezüglich der auf einer nachträglich für nichtig erklärten Norm beruhenden, nicht mehr anfechtbaren Hoheitsakte. Die Rechtssicherheit verlangt auf der einen Seite, daß derartige Akte als gültig bestehen bleiben, weil sonst der Rechtsfrieden, die gesamte öffentliche Ordnung gestört würden. Mit Rümelin[1] kann man hier von dem allgemeinen Ordnungs- und Staatssicherheitsinteresse sprechen. Für die Aufhebung dieser Akte spricht dagegen einmal die Gerechtigkeit. Außerdem könnte man im Interesse der Rechtssicherheit auch fordern, daß der durch die für nichtig erklärte Norm geschaffene Rechtszustand dem nach der Nichtigerklärung geltenden Recht angepaßt wird, soll das Vertrauen des Bürgers in die Rechtsordnung nicht erschüttert werden.

Diese Beispiele zeigen, daß der Inhalt der Rechtssicherheit nicht eindeutig zu bestimmen ist[2]. Die Forderungen der Rechtssicherheit können demnach durchaus gegensätzlich sein. Es läßt sich aber auch nicht mit Gewißheit sagen, daß die Rechtssicherheit in der einen Bedeutung den Vorrang gegenüber der Rechtssicherheit in der anderen Bedeutung genießt. Die in der Bezeichnung "Rechtssicherheit" zusammengefaßten Interessen sind so eng miteinander verflochten, daß sie sich auch bei näherer Betrachtung nicht trennen lassen. Es kann nur von Fall zu Fall festgestellt werden, welcher Teilaspekt überwiegt. Aber auch für diese Interessenabwägung, auf die letztlich alles hinausläuft, ist ein allgemeiner Maßstab nicht ersichtlich. Aus der Rechtssicherheit selbst ist er jedenfalls nicht zu entnehmen, denn diese ist nach dem Ergebnis unserer Untersuchung ja gerade Ausdruck eines Interessengegensatzes. Unsere eingangs gestellte Frage muß somit negativ beantwortet werden: als Maßstab für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen ist die Rechtssicherheit zu unbestimmt. Sie kann nicht dazu beitragen, den erwähnten Interessenkonflikt zu lösen. Damit aber kann sie auch nicht als Grundsatz des Rechtsstaats anerkannt werden. Wegen ihrer Unbestimmtheit und Vieldeutigkeit ist die Rechtssicherheit aber nicht nur in praktischer Hinsicht von zweifelhaftem Wert. Die Behauptung, sie sei neben der Gerechtigkeit ein Grundsatz des Rechtsstaats, ist auch gefährlich. Die mühsam angestrebte begriffliche Verdichtung des Rechtsstaatsprinzips wird durch die Hereinnahme so schillernder Formeln wie Rechtssicherheit und Gerechtigkeit illusorisch.

Beide Prinzipien gelten gemeinhin als Grundwerte des Rechts. Rechnet man sie

---

1) A.a.O. S.4 und 21.

2) Vgl. dazu auch Sauer, S.242, und Scholz, Rechtssicherheit, S.3.

nun, wie vor allem das BVerfG gleichzeitig zu den Bestandteilen des Rechtsstaatsprinzips, so behauptet man damit nur, daß der Rechtsstaat eine Rechtsordnung voraussetzt oder daß er ein Staat ist, in dem das Recht herrscht. Beide Aussagen sind zwar nicht falsch, aber nichtssagend. In der Entwicklung eines Rechtsstaats"begriffs" führen sie keinen Schritt weiter, sondern vermehren nur die Unklarheiten.

Die Behauptung des BVerfG ist auch noch aus einem anderen Grunde bedenklich. Rechtssicherheit und Gerechtigkeit umfassen auch Rechtssätze, die mit dem Rechtsstaat herkömmlichen Verständnisses nichts zu tun haben. Zu denken ist etwa an privatrechtliche Formvorschriften, den Schutz des guten Glaubens, die Verjährungsvorschriften und andere Erscheinungen unserer Rechtsordnung, in denen sich die Rechtssicherheit niederschlägt. Bisher ist kein Mensch auf den Gedanken gekommen, hierin rechtsstaatliche Grundsätze zu sehen. Zählt man die Rechtssicherheit global zum Rechtsstaat, so müßten diese Bestimmungen folgerichtig ebenfalls den Rechtsstaat kennzeichnen. Das kann nicht richtig sein. Für den Rechtsstaat ist wesentlich die freiheitlich-rechtliche Regelung des Verhältnisses des Bürgers zum Staat, nicht der Beziehungen der Bürger untereinander wie in den angeführten Beispielen. Selbst wenn wir das Privatrecht verlassen und uns auf das Staats- und Verwaltungsrecht beschränken, bleibt die Gefahr der Verwässerung des Rechtsstaatsgedankens bestehen, da eben alle Erscheinungen des Rechts ihre Wurzeln letztlich in Rechtssicherheit und Gerechtigkeit haben. So gilt der Grundsatz von Treu und Glauben anerkanntermaßen auch im Verwaltungsrecht[1]). Ist er aber als Prinzip unseres Rechts deswegen auch schon ein Element des Rechtsstaatsgedankens? Keineswegs. Nur zu deutlich zeigt sich hier, wohin es führen kann, wenn man die Idee des Rechtsstaats konsequent mit materiellen Wertvorstellungen belastet, deren Tragweite sich schwer fassen und begrenzen läßt. Eine solche Auffassung vom Rechtsstaat hat sich schon um die Mitte des vorigen Jahrhunderts als unfruchtbar erwiesen und ist daher auch heute abzulehnen. Damit soll keineswegs einem positivistisch verstandenen, rein formellen Rechtsstaat das Wort geredet werden. Es ist durchaus das Bewußtsein aufrecht zu erhalten, daß Rechtssicherheit und Gerechtigkeit als höchste Rechtswerte auch staatlicher Gewalt eine Schranke setzen. Sie müssen jedoch den Charakter idealer Grenzwerte behalten; zur Lösung konkreter Konflikte sind sie nicht geeignet. Für diesen Zweck sind sie auch entbehrlich. Das zeigt sich schon darin, daß die Rechtsprechung ohnehin genötigt ist, die Rechtssicherheit schärfer zu fassen und z.B. das Verbot der Rückwirkung von Gesetzen einmal auf die feh-

---

1) H.J. Wolff, § 41 Ic.

lende Vorhersehbarkeit, neuerdings aber häufig - so das BVerfG[1] - auf den Vertrauensschutz des Bürgers in die bestehende Rechtsordnung stützt. Daher erscheint die Heranziehung auch des Prinzips der Rechtssicherheit als Umweg. Letzten Endes dienen auch der Grundsatz der Gewaltenteilung, der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und andere rechtsstaatliche Grundsätze der Rechtssicherheit, indem sie staatliche Willkür bannen. Bezeichnend ist aber, daß hier nicht etwa die Rechtssicherheit bemüht wurde, auch nicht bei der erst in neuerer Zeit entwickelten Forderung nach spezifizierten Ermächtigungen, wo eine solche Ableitung doch nahe gelegen hätte.

XI. DER GRUNDSATZ DER VERHÄLTNISMÄSSIGKEIT

1. Inhalt und Anwendungsbereich des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (GdV)

In jüngster Zeit sind zahlreiche Versuche erkennbar, den aus dem Verwaltungsrecht stammenden Begriff der Verhältnismäßigkeit in die Vorstellungswelt des Rechtsstaats einzuordnen, ja, die Rechtsprechung bezeichnet ihn geradezu als rechtsstaatlichen Grundsatz[2]. Bevor wir uns diesen Bemühungen zuwenden, ist es zweckmäßig, wenn wir uns zuvor über deren Gegenstand klar werden.

a) Begrifflich läßt sich der GdV in zwei Grundsätze von verschiedenem Inhalt zerlegen: das Prinzip der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (i.e.S.) und das Gebot der Erforderlichkeit oder Notwendigkeit[3]. Die Verhältnismäßigkeit i.e.S. ist gekennzeichnet durch eine Mittel-Zweck-Relation. Sie besagt, daß die Anwendung eines bestimmten Mittels zur Erreichung eines bestimmten Zwecks diesem gegenüber nicht "unangemessen" sein darf; sie verlangt also eine Beschränkung auf das notwendige Maß[4]. Wesensmerkmal der Erforderlich-

---

1) BVerfGE 11, 64 (72); 13, 215 (223 f.); 13, 261 (271 f.); 13, 274 (278); BVerfG in DÖV 1962, 221; vgl. auch HessVGH, ESVGH 1, 144 (146 ff.).

2) Vgl. BVerfGE 9, 137 (149); 10, 89 (103, 108 f., 117); BayVerfGH, VGHE N.F. 2 II 72 (82).

3) So ausdrücklich vor allem Bender, NJW 1955, 938 sowie in der Anmerkung zu dem gleichfalls klar unterscheidenden Urteil des OVG Lüneburg, DVBl. 1957, 275, 277, 278 ff.; von Krauss, S. 17; Lerche, S. 20 mit weiteren Nachweisen.

4) So u.a. der BayVGH, VerwRspr. 1, 57, der den Grundsatz wie folgt erläutert: "Die gewählte Maßnahme muß im richtigen Verhältnis zum Zweck.

keit ist hingegen eine Mittel-Mittel-Relation: Von mehreren möglichen, zur Zweckerreichung geeigneten Maßnahmen darf nur diejenige ergriffen werden, die am wenigsten einschneidend wirkt[1]). Der hier gebildete Maßstab setzt nur die Mittel in Beziehung zueinander, erstreckt sich aber nicht zugleich auf den angestrebten Erfolg. Eine Beziehung zu diesem besteht nur insoweit, als das Mittel geeignet sein muß, den Erfolg herbeizuführen. In dem Begriff der Erforderlichkeit kann diese Beziehung jedoch vernachlässigt werden; sie ist für ihn nicht kennzeichnend, sondern in ihm lediglich als eine kausale Vorbedingung mitgedacht, hat also nichts zu tun mit jener Ausgewogenheit, die wir unter dem üblichen Stichwort der "Verhältnismäßigkeit" eines Mittels zu verstehen gewohnt sind. Für die Erforderlichkeit ist unwesentlich, in welchem Verhältnis das Mittel zu dem zu erreichenden Zweck steht, ja, auch ein "unverhältnismäßiges" Mittel kann vom Standpunkt der Erforderlichkeit aus das einzig mögliche sein, oder umgekehrt kann eine Maßnahme, die sich im Rahmen des Notwendigen hält, unverhältnismäßig sein. Im Gegensatz zur Erforderlichkeit findet bei der Verhältnismäßigkeit i.e.S. eine Interessenabwägung statt[2]). Die Belange des Betroffenen werden den Belangen derjenigen gegenübergestellt, in deren Interesse eine Maßnahme ergriffen wird. Je nachdem, welches dieser Güter höher bewertet wird, kann sich das eine gegenüber dem anderen durchsetzen. Bei der Erforderlichkeit ist das unmöglich; hier hat das öffentliche Interesse immer den Vorrang.

Diese wenigen Hinweise lassen erkennen, daß die Begriffe Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit i.e.S. nicht identisch sind. Der theoretischen Trennung entspricht nun aber in der gegenwärtigen Struktur unserer Verfassung eine Koppelung beider Grundsätze. Dieser Gedanke liegt schon deshalb nahe, weil eine entsprechend weitgesteckte Zwecksetzung jedes beliebige Mittel erforderlich machen würde. Das Gebot der Erforderlichkeit verlöre daher jeden Gehalt, wenn nicht eine entsprechende Zweckbindung stets als vorgegeben hinzugedacht würde. Praktisch ergibt sich somit eine gewisse Stufenfolge: An erster Stelle steht die Erforderlichkeit einer Maßnahme. Erst wenn diese sich zur Zweckerreichung als notwendig erwiesen hat, ist zu prüfen, ob sie auch dem Ziel angemessen ist. Verhältnismäßigkeit i.e.S. ist also Interessenabwägung in bezug auf eine notwendige Maßnahme. Für die Praxis ergibt sich daraus eine weit

---

und Erfolg stehen, sie muß dazu notwendig sein und darf zu keinem stärkeren Eingriff führen, als der Zweck es erheischt."

1) In diesem Sinne der stillen Ergänzung eines "gerade noch" sind die Termini "Erforderlichkeit" und "Notwendigkeit" zu verstehen.

2) Von Krauss, S. 15 f.; Lerche, S. 22.

größere Bedeutung der Erforderlichkeit gegenüber der Verhältnismäßigkeit i.e.S. Stößt dieser Satz bis in zahlreiche Alltagsfragen vor, so bleibt jener ernsteren Störungen des Staatslebens vorbehalten. Der herkömmliche Sprachgebrauch versteht daher unter dem GdV auch allgemein das Gebot der Erforderlichkeit[1]. In diesem "klassischen" Sinne soll das Wort im folgenden auch hier verwendet werden, wobei wir uns nur der möglichen Mehrdeutigkeit bewußt bleiben müssen.

b) Im Verwaltungsrecht hat der GdV eine lange Tradition. Ursprünglich im Polizeirecht und im Verwaltungszwangsverfahrensrecht entwickelt und beheimatet, hat er sich aus dieser Verbindung allmählich gelöst[2], so daß er heute auch die außerpolizeilichen Gebiete erfaßt. Seine Wirksamkeit erstreckt sich vorwiegend auf das allgemeine Eingriffsverwaltungsrecht ohne Begrenzung auf den engeren Polizeibegriff; er wird vereinzelt auch auf das Gebiet des Leistungsverwaltungsrechts, der Wirtschaftsintervention und Planung bezogen und nirgends ausdrücklich geleugnet[3]. In zunehmendem Maße wird der GdV in jüngerer Zeit nun aber auch im Verfassungsrecht zur Bindung des Gesetzgebers herangezogen. Die Frage einer Bindungswirkung für den Gesetzgeber konnte nicht aktuell werden in einer Zeit, die diesem nahezu unbegrenzte Machtbefugnisse zugestand. Sie kam darum erst mit den neueren Verfassungen nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs auf, die auch dem Gesetzgeber Schranken errichteten, wie sie vornehmlich in der Grundrechtsbindung des Art. 1 III GG, der Wesensgehaltssperre des Art. 19 II GG und der Bindung an die verfassungsmäßige Ordnung in Art. 20 III GG zum Ausdruck kommt. In der Erstreckung des GdV auf die Tätigkeit des Gesetzgebers liegt die heutige Problematik, die Rechtsprechung und Lehre fast ausschließlich beschäftigt und die, sowohl was die Geltung als auch Standort und Rechtfertigung dieses Prinzips anbetrifft, noch keineswegs gelöst ist. Dieses Problem wird auch den Gegenstand unserer ferneren Untersuchungen bilden. Die außerordentliche Komplexität des angeschnittenen Fragenkreises macht es allerdings unerläßlich, uns auf die Ableitung des GdV aus dem Bereich des Rechtsstaats zu beschränken.

2. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Bild des Rechtsstaats

Es leuchtet ein, daß die Beschränkung des belastenden staatlichen Eingriffs auf das notwendige Maß in engem Zusammenhang mit der Freiheit des einzel-

1) Vgl. von Krauss, S. 14, 18.
2) Treffende Schilderung dieser Entwicklung bei von Krauss, S. 6 ff., 18 f.
3) Umfassende Nachweise bei Lerche, S. 24 ff.

nen gegenüber dem Staat zu sehen ist, denn je geringer der Eingriff, umso größer der Freiheitsbereich. Wegen dieser freiheitserhaltenden Tendenz des GdV, die auch dem Rechtsstaatsprinzip zu eigen ist[1], wird es verständlich, daß vor allem die Rechtsprechung den GdV auf jenes Verfassungsprinzip zurückführt. Wohl erstmalig hat der BayVerfGH diesen Weg eingeschlagen. In einer Entscheidung vom 17. August 1949[2] wird der Gedanke der den Gesetzgeber bindenden Verhältnismäßigkeit (unter Verquickung der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit i.e.S.) in erster Linie auf Art. 98 der bayerischen Verfassung gestützt, zugleich aber der Gedanke des Rechtsstaats mit herangezogen[3]. Auch in der Folge hat das Gericht wiederholt ausgesprochen, es habe "aus dem Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit den Grundrechtsgarantien der bayerischen Verfassung abgeleitet, daß der Gesetzgeber nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen dürfe"[4]. Dieser Rechtsprechung folgt auch das BVerfG. So spricht BVerfGE 9, 137 (149) von der "vom Rechtsstaat intendierten Freiheit des einzelnen von unnötigen Eingriffen der öffentlichen Gewalt" und BVerfGE 10, 89 (103, 108 f., 117) von den "rechtsstaatlichen Grundsätzen", die den GdV trügen. Dagegen sucht BVerfGE 9, 338 (346) anscheinend aus den Grundrechten allein die Rechtfertigung für die Geltung unseres Prinzips zu gewinnen, wenn in dieser Entscheidung davon gesprochen wird, die beanstandete Einführung einer Altersgrenze für Hebammen überschreite nicht "die Grenzen der grundrechtlich gebotenen Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit" und sei deshalb mit Art. 12 I GG vereinbar. Alle diese Ableitungsversuche beruhen etwa auf folgenden Überlegungen: In der besonderen Ausgestaltung des Rechtsstaats durch das GG seien die Grundrechte aufgewertet worden; sie seien nunmehr von der Freiheit her zu interpretieren[5]. Folglich seien zugelassene Eingriffe in den Grundrechtsbereich an enge Voraussetzungen geknüpfte Ausnahmen[6]. Gerade die Verhältnismäßigkeit lege aber

---

1) Zur Freiheit als Element des Rechtsstaatsprinzips vgl. Nawiasky, S. 124 ff.

2) VGHE N.F. 2 II 72 (82). Ansätze schon in 1 II 81 (90 f.).

3) Vgl. ferner VGHE N.F. 11 II 23 f.; 11 II 110 (122, 124) ohne besondere Erwähnung des Rechtsstaatsgedankens. In VGHE N.F. 11 II 81 (87) wird gar auf den Grundsatz von Treu und Glauben Bezug genommen.

4) VGHE N.F. 9 II 158 (177) = VerwRspr. 9, 145; VerwRspr. 10, 779.

5) Vgl. besonders Forsthoff in Jellinek-Gedächtnisschrift, 1955, S. 221 ff., 235.

6) Vgl. die verwandte Ausnahme-Konstruktion in BayVerfGH, VGHE N.F. 2 II 72 (81) zu Art. 98 BayVerf. und besonders deutlich in VGHE N.F. 3 II 28 (48), wonach die "Ausnahmebestimmung" des Art. 184 BayVerf. ein Abweichen von den normalen rechtsstaatlichen Garantien nur in dem Maße erlaube, als dies durch das Bedürfnis einer gerechten und sinnvollen Entnazi-

eine Grenze für Ausnahmen fest[1]), daher sei sie geeignet, Eingriffe in Grundrechtsbezirke einzudämmen[2]).

Nun kann zwar ein Zusammenhang der Verhältnismäßigkeit mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht geleugnet werden. Allein es ist doch die Frage, ob der Rechtsstaatsgrundsatz herkömmlichen Verständnisses bestimmt genug ist, eine hinreichend konkrete Antwort darauf zu geben, welchen Schranken der Gesetzgeber unterworfen ist, insbesondere ob diese Aufwertung der Grundrechte, die ja über Art. 1 III GG noch hinausgeht, wirklich aus der Verfassung herausgelesen werden kann. Das ist das eigentliche Kernproblem. Es kann mit der Postulierung eines rechtsstaatlichen Grundsatzes nicht ohne weiteres gelöst werden, will man nicht das, was es erst zu beweisen gilt, voraussetzen.

Einen anderen Ausgangspunkt wählt der BGH. Er will den GdV auf die Wesensgehaltssperre des Art. 19 II GG stützen. Nach einer wiederholt verwendeten Formel dieses Gerichts[3]) wird ein Grundrecht durch einen gesetzlichen Eingriff dann in seinem Wesensgehalt angetastet, wenn durch den Eingriff die wesensmäßige Geltung und Entfaltung des Grundrechts stärker eingeschränkt würde als dies der sachliche Anlaß und Grund, der zu dem Eingriff geführt hat, unbedingt und zwingend gebietet. Der Eingriff dürfe nur bei zwingender Notwendigkeit und in dem nach Lage der Sache geringstmöglichen Umfang vorgenommen werden und müsse zugleich von dem Bestreben geleitet sein, dem Grundrecht grundsätzlich und im weitestmöglichen Umfang Raum zu lassen. Gleiche oder ähnliche Formulierungen finden sich auch in der übrigen Rechtsprechung[4]). Sie sind getragen von dem Bestreben, dem Art. 19 II GG einen greifbaren Inhalt zu geben. Man glaubt ihn in dem durch eine reiche verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung gesicherten GdV gefunden zu haben, wobei auch hier im Hintergrund

---

fizierung "dringend erfordert" werde; ferner die allgemein und wiederholt gebrauchte Formel in VGHE N.F. 1 II 64 (76).

1) Versteht man unter dem "erforderlichen" Instrument ein solches, das die geringst-einschneidende Wirkung verursacht, so kann es der Idee nach unter allen geeigneten Mitteln im konkreten Fall nur ein einziges sein, ebenso Lerche, S. 21.

2) Eine deutliche Beziehung zwischen dem GdV und dieser restriktiven Auslegung findet sich bei Gieseke, DÖV 1958, 324 ff., 327.

3) Vgl. besonders DVBl. 1953, 371 = BGHSt. 4, 376 f.; DVBl. 1952, 472 f. = BGHSt. 4, 385 (392); am ausführlichsten DÖV 1955, 729 ff.

4) Vgl. BayObLG DVBl. 1955, 195; BayVGH, VGHE N.F. 7 I 12 (25); OLG Köln, NJW 1953, 1846; OVG Lüneburg, DVBl. 1955, 188; deutlicher in DVBl. 1955, 540 sowie in DVBl. 1955, 779; VerfGH NRW, DVBl. 1956, 723 für einen anderen Fall (Einschränkung des Selbstverwaltungsrechts), aber unter ausdrücklicher Anlehnung an den BGH; unklar OVG Rh-Pf, DVBl. 1956, 692, 693.

der Gedanke einer möglichst weitgehenden Sicherung der Grundrechtssphäre mitschwingt. Gegen die Tragfähigkeit dieses Grundes sind jedoch gewichtige Bedenken erhoben worden. Ihr gemeinsamer Grundgedanke geht dahin: Sinn des Art. 19 II GG als Verbürgung eines substantiellen Minimums[1], einer absoluten Grundlage[2] sei es, gegebenenfalls auch die Anwendbarkeit des GdV auszuschließen. Dieser Zweck würde jedoch vereitelt, wenn die Zulässigkeit eines einschränkenden Gesetzes vom Grade der Notwendigkeit abhängig gemacht werden würde, denn dadurch würde der Wesensgehalt zu einer veränderlichen Größe; bei höchster Notwendigkeit löste er sich in Nichts auf[3]. Nun sagt der BGH allerdings an keiner Stelle, daß der Gedanke der Verhältnismäßigkeit der einzige Inhalt des Art. 19 II GG sei. Die BGH-Formel ist aber doch aus anderen Gründen bedenklich. Die tiefere Begründung des BGH folgt letztlich aus dem Hinweis auf Art. 1 II und III GG: da in Art. 1 III GG die Grundrechte als grundsätzlich undurchbrechbar anerkannt seien, sei damit ihr "rechtliches Wesen" bestimmt (gemeint ist wohl: mitbestimmt). Für die Rechtfertigung einer Bindung des Gesetzgebers an den GdV und dessen Lokalisierung in Art. 19 II GG reicht dieser Hinweis allerdings nicht aus. In der Annahme, Art. 1 III GG bedeute prinzipielle Undurchbrechbarkeit, zeigt sich nur erneut die schon oben bei der Untersuchung der Begründung mit der Rechtsstaatsklausel abgelehnte Unterstellung einer Aufwertung der Grundrechte. Damit ist nicht einwandfrei dargetan, in welcher Weise die Gesetzesvorbehalte ausgelegt werden dürfen. Wenn der BGH die Unantastbarkeit schon in Art. 1 III GG verankert sieht, erscheint zudem die Verbindung mit Art. 19 II GG überflüssig, so daß auch aus diesem Grunde der GdV aus Art. 19 II GG nicht befriedigend erklärt werden kann[4].

Diese und weitere Begründungsversuche[5] zeigen, daß eine organische Deduk-

---

1) Vgl. E.R. Huber, DÖV 1956, 97 ff., 135 ff., 172 ff., 200 ff. (142 f.).

2) Vgl. Herbert Krüger, DÖV 1955, 598.

3) So die wohl deutlichste Formulierung bei E.R. Huber, DÖV 1956, 142 f. Vgl. ferner Herbert Krüger, DÖV 1955, 598. Auch das BVerwG (E 1, 269 272 f.) NJW 1955, 1773; E 2, 295 (299 ff.) etwa auch E 4, 24 (36 f.) teilt dieses Bedenken, wenngleich es selbst den Begriff des Wesensgehaltes relativiert und sich bisweilen der BGH-Formel nähert. Vgl. dazu die Einzelheiten bei Lerche, S.36 Anm.29.

4) So auch Lerche, S.39.

5) Z.B. will von Krauss, S.36, den GdV in Art. 2 I GG hineinlesen und Dürig, AöR 81, 146 f. zieht zur Begründung die Menschenwürde heran. Unmittelbar sieht Dürig den Standort zwar in Art. 19 II. Da er diese Verfassungsbestimmung jedoch als Ausfluß der Menschenwürde betrachtet, fußt seine

tion aus einzelnen oder mehreren Verfassungsbestimmungen oder -grundsätzen offenbar nicht möglich ist. Was insbesondere die Rückführung des GdV auf eine Rechtsstaatsklausel im bisherigen Sinne anbetrifft, so müssen alle derartigen Versuche im letzten Grunde fragwürdig bleiben. Die Rechtsstaatlichkeit im überkommenen Verständnis lebte von der Normqualität des Gesetzes, d.h. von dessen Allgemeingültigkeit und Dauerhaftigkeit, in der man die sicherste Freiheitsverbürgung erblickte. Der moderne Verwaltungsstaat hat jedoch einen zunehmenden Verlust an normativer Substanz der Gesetzgebung und damit an Rechtsstaatlichkeit in dem beschriebenen Sinne gebracht[1], indem mehr und mehr die zeit-, sach- oder personellgebundenen "Maßnahmegesetze" und "Plangesetze" in den Vordergrund gerückt sind, mögen sie sich nun in generell-abstrakte Form kleiden oder nicht. Die Wandlung ist darüber hinaus aber noch von einer anderen, umfassenderen Erscheinung geprägt, die als das "differenzierende Moment"[2] moderner Gesetzgebung benannt werden darf. Zahlreiche Härte- und Ausnahmeklauseln sowie Übergangsregelungen nehmen Rücksicht auf die Vielheit typischer Fallgestaltungen, so daß sogar in den spezialisierenden Übergangsbestimmungen das Schwergewicht eines Gesetzgebungswerks ruhen kann. All diese verwaltungsnahen Ausdrucksformen moderner Gesetzgebung treten dem Normativ-Grundlegenden feindlich gegenüber. Gerade aber der GdV zwingt ebenfalls zum Abtasten, Differenzieren, Abwägen. Er trägt demnach seinerseits zu dem Verlust an Rechtsstaatlichkeit erheblich bei. Darin liegt ein Widerspruch, der nur durch ein Neuverständnis des Rechtsstaatsprinzips selbst behoben werden kann, indem man sich darüber klar wird, daß die überkommene Vorstellungswelt des Rechtsstaats mit Einschluß des Gleichheitsgedankens nicht mehr voll ausreicht, die rechtliche Wirklichkeit zu erfassen und zu durchdringen. Aus dieser Überlegung ergibt sich die Notwendigkeit, die bisherige Begriffsapparatur durch die Aufnahme neuer Kriterien der gewandelten Lage anzupassen[3]. Also kann hier keine endgültige Position bezogen werden.

Begründung in Wirklichkeit auf Art. 1 I GG. Vgl. zu diesen Versuchen Lerche, S. 39 (Anm. 41), 40, 255 f.

1) Vgl. z.B. H. Huber, S. 74. Über den traditionellen Ausgangssatz der Rechtsstaatslehre, daß Freiheit dort ist, wo Gesetze herrschen, vgl. Wehrhahn, VVDStRL 15, 37 f. mit zahlreichen Belegen in Anm. 5. Unter "Gesetz" kann hier nur der alte normative Begriff verstanden werden.

2) Lerche, S. 48.

3) Ansätze dazu finden sich bei Lerche, S. 53 ff., 58 ff. Lerche sieht die Lösung in der Vertauschung des formalen Prinzips des Generellen im rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff mit den ebenfalls formalen Elementen

XII. ÖFFENTLICH-RECHTLICHE ERSATZLEISTUNGEN

Ein wichtiger Grundsatz unserer Rechtsordnung ist die Endschädigungspflicht des Staates für bestimmte hoheitliche Eingriffe in die Rechtssphäre seiner Bürger. Nach heutiger Anschauung sind einmal die Nachteile auszugleichen, die dem einzelnen im Interesse der Allgemeinheit als Sonderopfer auferlegt werden, ferner solche Nachteile, die durch schuldhaft-rechtswidriges oder schuldlos-rechtswidriges Verhalten von Amtswaltern eines Trägers öffentlicher Verwaltung verursacht sind. In diesen Fällen gebietet die Gerechtigkeit einen Vermögensausgleich, wie er für den Bereich der Enteignung, der Sozialisierung und der Amtshaftung aus dem GG (Art. 14, 15, 34), im übrigen aus besonderen gesetzlichen Bestimmungen, dem Aufopferungsanspruch (§ 75 Einl. ALR) oder analoger Rechtsanwendung hergeleitet wird.

In der älteren Literatur wurde dieses Entschädigungsprinzip nur vereinzelt zu den Grundsätzen des Rechtsstaats gezählt und auch dann nur der besondere Fall der Amtshaftung[1]. Das hat seinen Grund darin, daß die Amtshaftung dazu bestimmt ist, den durch staatliches Verschulden verursachten Schaden wiedergutzumachen. Sie dient dadurch in gewisser Hinsicht zugleich dem Schutze der individuellen Rechts- und Freiheitssphäre. Außerdem enthält jedes Urteil über die Amtspflichtverletzung eines Beamten zugleich eine Aussage über die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit eines staatlichen Hoheitsaktes, wenn auch beschränkt auf gewisse äußerste Fälle. Immerhin war dies für eine Zeit, die noch keinen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz im heutigen Umfange kannte, von Bedeutung. Erst in neuerer Zeit wird von einigen Autoren[2] und auch vom BGH das gesamte öffentlich-rechtliche Entschädigungssystem aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet. So ist nach BGHZ 13, 88 die Gewährung eines Ausgleichs für einen Eingriff von hoher Hand - unabhängig von Rechtswidrigkeit und Schuld -, durch den dem einzelnen ein gegen den Gleichheitssatz verstoßendes Sonderopfer auferlegt wird, ein rechtsstaatlicher Grundsatz, der durch eine gesetzliche Festlegung der Entschädigungspflicht nur gesetzgeberisch ausgestaltet wird. BGHZ 18, 291 erstreckt im Falle der Aufopferung die Entschädigung in entsprechender Anwendung des § 844 BGB auch auf die mittelbar ge-

---

der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit i.e.S., wodurch die einst durch das Merkmal des Generellen bewirkte, heute aber nicht mehr gewährleistete Berechenbarkeit staatlichen Vorgehens wieder hergestellt werde. Zu weiteren möglichen rechtlichen Reaktionen auf die gegenwärtige Situation vgl. ferner die Nachweise S. 56.

1) Thoma, S. 207 f.

2) Friesenhahn, Recht, Staat, Wirtschaft, Bd. 2, S. 278; Scheuner, daselbst, Bd. 3, S. 153; E.R. Huber, DÖV 1956, 200 ff.

schädigten Unterhaltsberechtigten, wenn der unmittelbar Betroffene getötet wird. Der BGH rechtfertigt dieses Ergebnis unter anderem mit dem Prinzip des sozialen Rechtsstaats. Allerdings bleibt offen, ob dafür das Sozialstaatsprinzip, das Rechtsstaatsprinzip oder beide maßgebend waren. In einem anderen Fall hat BGHZ 22, 383 (388) ausgeführt, es müsse als Postulat rechtsstaatlichen Denkens anerkannt werden, daß auch die Kirchen für Amtspflichtverletzungen ihrer Beamten zu haften hätten. Mangels entsprechender eigener kirchenrechtlicher Vorschriften seien Voraussetzungen und Umfang der Haftung nach den einschlägigen staatlichen Gesetzen zu beurteilen, § 839 BGB, Art. 34 GG.
Aus diesen Entscheidungen ergibt sich, daß der BGH ganz allgemein die Pflicht des Staates zu den genannten öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen zu den Elementen des Rechtsstaats zählt. Wie schon oben erwähnt, handelt es sich dabei nicht um einen der "klassischen" Grundsätze des Rechtsstaats. Die Begründung aus dem Rechtsstaatsprinzip ist unbedenklich, wenn man die Pflicht zur Entschädigung als Forderung materieller Gerechtigkeit und damit als Bestandteil des materiellen Rechtsstaats ansieht. Diese Zugehörigkeit ergibt sich für den Fall der Enteignungsentschädigung schon daraus, daß sie als Grundrecht in der Verfassung enthalten ist und die Grundrechte allgemein als Wesensmerkmal eines Rechtsstaats betrachtet werden[1]. Aber auch die Entschädigung für schuldhaft-rechtswidrige und schuldlos-rechtswidrige hoheitliche Eingriffe läßt sich, sofern man die enge innere Verwandtschaft mit der Enteignung anerkennt[2], in den Bereich des materiellen Rechtsstaats einordnen. Die Enteignung wäre somit nur der gesetzgeberisch festgelegte Ausdruck eines umfassenderen rechtsstaatlichen Kerngedankens unseres Rechts. Notwendig war die Bezugnahme auf den Rechtsstaat in den bisherigen Entscheidungen des BGH allerdings nicht; sie trug daher auch mehr den Charakter einer zusätzlichen, hilfsweisen Begründung.

---

1) Maunz-Dürig, Rnr. 70 zu Art. 20.

2) Kritisch zu der Verschiebung der Trennungslinie zwischen Enteignung und Aufopferung und der Auflösung der Grenzen zwischen Enteignungs- und Aufopferungsrecht einerseits und Amtshaftungsrecht andererseits durch den BGH Dürig, JZ 1955, 523; Scheuner, DÖV 1955, 545.

XIII. DIE VERANTWORTLICHKEIT DER STAATSORGANE FÜR IHRE HANDLUNGEN

Der BayVerfGH[1] hat in einer Entscheidung vom 10. März 1951 ausgesprochen, der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit verlange, daß ein Staatsorgan, das eine Entscheidung zu treffen habe, dafür auch die Verantwortung trage. Verantwortung könne nicht tragen, wer in seiner Entscheidung inhaltlich in vollem Umfang an die Willensentschließung eines anderen gebunden sei. Gegenstand des Rechtsstreits war § 5 der bayerischen Rechtsanwaltsordnung von 1946. Danach war die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft der Landesjustizverwaltung vorbehalten, die vor der Entscheidung den Vorstand der Rechtsanwaltskammer gutachtlich zu hören hatte (§ 3). Gemäß § 5 der Rechtsanwaltsordnung war die Justizverwaltung an dessen Stellungnahme ohne eigenen Beurteilungsspielraum gebunden. In diesem Verfahren erblickte das Gericht einen Verstoß gegen die Rechtsstaatlichkeit und erklärte den § 5 aus den oben genannten Gründen für nichtig. Die naheliegende Frage nach der Herkunft dieses von ihm gefundenen Rechtsstaatsgrundsatzes ließ der VerfGH unbeantwortet.
Ein ähnlicher Fall lag dem BVerfG[2] vor. Die §§ 59 bis 61 des bremischen Personalvertretungsgesetzes von 1957 sahen eine Mitbestimmung des Personalrats in personellen Angelegenheiten der Beamten durch die für die Dienststellenleiter bindende Entscheidung einer Einigungsstelle vor. Das BVerfG hob diese Bestimmungen unter Bezugnahme auf die obige Entscheidung des BayVerfGH als verfassungswidrig auf. Es bezeichnete die selbständige Entscheidungsgewalt der Regierung und ihre Eigenverantwortlichkeit als "zwingende Gebote der demokratischen rechtsstaatlichen Verfassung (Art. 28 I 1)", mit denen die Unterstellung unter den Spruch einer unabhängigen Schiedsstelle nicht vereinbar sei. Aus beiden Entscheidungen, besonders der des BayVerfGH, ergibt sich deutlich, daß hier ein Grundsatz des Rechtsstaats behauptet wird, den es in Wirklichkeit nicht gibt. Anscheinend hegte auch das BVerfG gewisse Zweifel, wenn es bei der von ihm aufgestellten These trotz der Bezugnahme auf den BayVerfGH nicht einfach von einem Gebot des Rechtsstaats spricht, sondern durch die Verbindung des rechtsstaatlichen mit dem demokratischen Element anklingen läßt, daß möglicherweise die Forderung nach Selbständigkeit und Eigenverantwortlichkeit der Regierung auch ein demokratischer Grundsatz sein könnte. Bei aller äußerlichen Verschiedenheit haben nämlich die rechtsstaatlichen Grundsätze doch eines gemeinsam: sie alle sollen die staatliche Machtentfaltung eingrenzen

---

1) VGHE N.F. 4 II 30 ff., (47) = VerwRspr. 3, 652.
2) BVerfGE 9, 268 (281 f.).

und rechtlich bestimmen, um den einzelnen sowie die Gesamtheit vor Willkür zu schützen. Darum geht es hier jedoch nicht. Es soll im Gegenteil eine hemmende Funktion unabhängiger, außerhalb der hoheitlichen Verwaltung stehender Stellen zugunsten der Selbständigkeit eines Verwaltungsträgers abgebaut werden. Das geschieht aber in erster Linie nicht im Interesse des Bürgers, sondern im Interesse des Verwaltungsträgers selbst und der staatlichen Gemeinschaft, damit Klarheit darüber besteht, wer gegenüber Volk und Parlament letzten Endes gewisse Handlungen zu vertreten hat. Die Verteilung der Verantwortlichkeiten im Staate ist aber kein Problem des Rechtsstaates, sondern ein Problem der Organisation der Staatsgewalt und insbesondere der Demokratie.

XIV. ZUSAMMENFASSUNG

Vergegenwärtigen wir uns die in der vorangegangenen Untersuchung gefundenen Ergebnisse, so verdichtet sich die Rechtsprechung zum Rechtsstaat zu einem - im ganzen gesehen - erfreulichen Gesamtbild.
Richtungweisend sind in erster Linie die Entscheidungen des BVerfG und des BayVerfGH, die sich durch eine konsequente rechtsstaatliche Haltung auszeichnen. Dem BayVerfGH kommt dabei das Verdienst zu, noch vor dem BVerfG grundsätzliche und wichtige Fragen, wie z.B. die nach dem notwendigen Grade der Bestimmtheit von Verordnungsermächtigungen, aufgegriffen und sichere Maßstäbe für deren Verfassungsmäßigkeit geschaffen zu haben. Die Vorrangstellung beider Gerichte erklärt sich aus der ihnen übertragenen Aufgabe der Verfassungsinterpretation, des GG einerseits, der bayerischen Verfassung andererseits. Auch die z.T. ausführlichen Begründungen der Entscheidungen beider Gerichte sind für das Verständnis des Rechtsstaats von hohem Wert, während gerade dieses Moment durch die allzu knappe Fassung der Entscheidungen des BVerwG leidet. Es liegt in der Natur der Sache, daß die Entscheidungen der Verfassungs- und Verwaltungsgerichte wegen der überwiegenden Ausrichtung der Rechtsstaatsgrundsätze auf das öffentliche Recht für unser Thema am ergiebigsten sind. Aber auch der BGH hat durch seine Rechtsprechung zu den Prinzipien der richterlichen Unabhängigkeit und des gesetzlichen Richters manchen beachtlichen Beitrag geleistet und die Notwendigkeit der strikten Einhaltung der diesbezüglichen Vorschriften des GG und des GVG gegenüber allen Zweckmäßigkeitserwägungen hervorgehoben.

Der Anteil der Rechtsprechung an der Fortbildung des Rechtsstaats ist erheblich. Wenn sie auch in dem Bemühen, diesen Verfassungsgrundsatz näher zu bestimmen, mitunter seinen Anwendungsbereich übermäßig ausgedehnt hat und Ver-

wechslungen bzw. Vermengungen mit anderen Prinzipien zu finden sind, so handelt es sich doch um Einzelfälle, von denen zu hoffen bleibt, daß sie keine Nachahmung finden werden. Manche Probleme, wie die Bindung des Gesetzgebers durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, sind auch durch die Rechtsprechung noch nicht befriedigend gelöst, so anerkennenswert diese Versuche auch sein mögen. Bedauerlicher ist die andere Erscheinung, in allzu globalen Formeln, wie z.B. Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, den Gehalt des Rechtsstaats erfassen zu wollen. Hierin liegt eine noch nicht erkannte Gefahr der Auflösung unseres Verfassungsgrundsatzes. Die bequeme Anwendbarkeit solcher Schlagworte ist kein Ersatz für die differenzierende Begründung und ist entschieden abzulehnen.

Hervorzuheben bleibt die Grundtendenz der Rechtsprechung, dem Bürger in einer verwalteten Welt ein Höchstmaß an Freiheit zu erhalten und ihn - vor allem durch Erweiterung des Gerichtsschutzes - vor einer oft allzu reglementierfreudigen Bürokratie zu schützen. Daß dies notwendig ist, zeigt sich immer wieder. Es ist ermutigend, wie ernst die Gerichte diese Aufgabe nehmen und den durch die Verwaltungsabhängigkeit des modernen Menschen bedingten Möglichkeiten des Machtmißbrauchs und der Freiheitsbeschränkung durch ein verfeinertes rechtsstaatliches Instrumentarium zu begegnen suchen. Andererseits hat sich die Rechtsprechung aber auch nicht gescheut, wenn nötig einer Überbeanspruchung des Rechtsstaatsprinzips entgegenzutreten. Das wird bei mehreren Entscheidungen zur Gewaltenteilung deutlich, ebenso wie dort, wo einzelne Kläger glaubten, aus dem Rechtsstaatsprinzip subjektive Rechte herleiten zu können. Auch der drohenden Gefahr einer Aushöhlung des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes durch einseitige Berücksichtigung des Vertrauensschutzes des Bürgers haben die Gerichte bisher im allgemeinen widerstanden und so deutlich gemacht, daß das Interesse des einzelnen sich bei aller Würdigung seiner Persönlichkeit doch immer an den übergeordneten Belangen der Rechtsgemeinschaft zu orientieren hat.

Lebenslauf

Am 6. Juni 1933 wurde ich als Sohn des Diplom-Optikers und Fotografenmeisters Heinz Goeckel und seiner Ehefrau Marilene Goeckel geborene Kersting in Weimar geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Ich besuchte die Adolf-Reichwein-Oberschule in Jena und legte dort am 6. Juni 1952 die Reifeprüfung ab. Anschließend begann ich in Stuttgart eine Lehre als technischer Kaufmann, die ich mit der am 5. April 1955 bestandenen Kaufmannsgehilfenprüfung beendete. Im Sommer 1957 begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Tübingen. Nach neun Semestern schloß ich mein Studium mit der ersten juristischen Staatsprüfung am 15. Dezember 1961 ab.